3 1761 04793721 4

I/III 26.60

V. 9/6 n

System
des
Römischen Rechts

von

Heinrich Dernburg,
weil. ordentlichem Professor an der Universität Berlin.

Der Pandekten

achte, umgearbeitete Auflage,

bearbeitet

von

Dr. Paul Sokolowski,
vorm. a. o. Professor an der Universität Berlin
und ordentlicher Professor an der Universität Königsberg.

Erster Teil.

Berlin 1911.
Verlag von H. W. Müller.

Alle Rechte vorbehalten.

LIBRARY
DEC - 2 1968
UNIVERSITY OF TORONTO

K
D436559
1911
T.1

Vorwort zur siebenten Auflage.

Als ich wenige Wochen vor dem Inkrafttreten des BGB. an dem Wendepunkte des deutschen bürgerlichen Rechtes dieses Werk nicht ohne Zagen und doch mit Vertrauen neu herausgab, fügte ich ihm einleitende Worte hinzu, die ich auch heute wiederhole.

Noch einmal erscheinen Dernburgs Pandekten in neuer Gestalt. Manchem wird dies wunderbar vorkommen. Denn die alte Überlieferung ist abgebrochen, der Lehrvortrag über Pandekten, einst der Mittelpunkt der zivilistischen Studien, das wichtigste Bildungsmittel für die Studierenden des Rechtes in Deutschland und für zahlreiche Nichtdeutsche, ist verstummt. An die Stelle trat eine Vorlesung von zweifelhafter Bedeutung: „das System des römischen Rechtes", welche in der Regel nichts anderes bietet als die dereinstigen Institutionen des justinianischen Privatrechtes. Soll doch schon im zweiten Semester des juristischen Studiums die Vorlesung über das BGB. beginnen, von welcher man verlangt, daß sie außer dem neuen Recht auch das Recht der Vergangenheit, in dem es wurzelt, gründlich lehrt und damit noch die Darstellung der sich erhaltenden landesrechtlichen Rechtsinstitute verbindet. Ein hohes Ziel, aber eine unmögliche Anforderung!

Weder das Recht der Vergangenheit noch dasjenige der Gegenwart ist auf diesem Wege ausreichend zum Verständnis zu bringen. Das Recht des BGB. ist so schwierig, es ist so reich an besonderen Bestimmungen, es trägt so viele Streitfragen von praktischer Bedeutung in seinem Schoße, daß die Vorlesung über dasselbe, wenn sie nur einigermaßen den wissenschaftlichen Anforderungen und dem Zweck einer Vorbildung für die Praxis genügen soll, sich ganz und voll dem BGB. zuwenden muß, derart, daß sie zwar das Recht der Vergangenheit voraussetzt und auf dessen Kenntnis fußt, aber nicht erst die fehlende Grundlage herstellt.

Schon die kurze Erfahrung seit Erlaß der neuen Studienordnungen zeigt die Befürchtung als nicht unbegründet, daß oft in der Vorlesung über das neue bürgerliche Recht auf Fundamente gebaut werden muß, welche bei den Hörern nur unsicher oder gar nicht vorhanden sind. Wohl wendet sich die Jugend mit Begeisterung dem neuen vaterländischen Rechte zu, aber leicht wird ihre Kraft erlahmen, wenn sie inne wird, daß ihr die Voraussetzungen fehlen, um des spröden Stoffes Herr zu werden.

Soll dies der dauernde Zustand bleiben? Wird sich der wissenschaftliche Sinn der Nation hiermit auf die Länge begnügen? Soll unsere Jugend an die Paragraphen des Gesetzes geschmiedet werden nach kümmerlicher Vorbildung? Die Aufgaben, welche das neue Recht an den deutschen Richter stellt, sind so unvergleichlich schwierige, so außerordentlich verantwortungsvolle, daß sie nur bei gründlichster Vorbildung auch nur annähernd gelöst werden können. Hierzu gehört aber eine genaue Kenntnis des römischen und gemeinen Rechtes wie des deutschen Privatrechtes und ein Eindringen in deren Wesen und Geist.

Daß der Verfasser an einer günstigen Lösung nicht verzweifelt, zeigt die Veranstaltung der neuen Auflage dieses Buches.

Dasselbe ist dazu bestimmt, ein ernstliches Studium des römischen Rechtes als eines der Grundelemente der Rechtswissenschaft und der menschlichen Kultur zu erleichtern und zu fördern. Nicht beim justinianischen Rechte bleibt es stehen. Sein Zweck ist auch, die Weiterbildung dieses Rechtes, wie sie sich im Mittelalter in gewaltiger Geistesarbeit anbahnte, zu berücksichtigen, und vor allem die glänzenden Ergebnisse deutscher Wissenschaft und deutscher Praxis auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes zur Darstellung zu bringen.

Damit kann sie aber auch eine geschichtliche und dogmatische Einführung in das BGB. geben, nicht so, daß es dessen Einzelheiten erörtert, aber uns dessen Wesen verständlich macht.

Als vor und nach Beginn des 19. Jahrhunderts die großen Gesetzbücher über bürgerliches Recht in Kraft gesetzt wurden, sollte Wissenschaft und Lehre keineswegs hierbei stehen bleiben. Man gedachte sie durch das Naturrecht zu beleben, zu vervollständigen und zu vergeistigen. Nach der heutigen Auffassung hat das Naturrecht diese Zauberkraft nicht. Aber auch die Texte der Gesetze können nicht genügen. Man erwartet das Heil von den Präjudizien der Gerichte, welche in massenhaften Sammlungen, in zahllosen Büchern und Zeitschriften bald gewaltig anschwellen werden. Wer aber führt uns in dem Chaos der Präjudizien? Nur die leitenden Prinzipien, welche uns die geschichtliche Entwicklung des Rechtes zu erkennen lehrt, können uns die Beherrschung ermöglichen.

So ist es auch heute keine überflüssige Aufgabe, die Studierenden in die Wissenschaft des römischen und gemeinen Rechtes einzuführen, und auch der Praktiker wird hier Rüstzeug finden, um seines Berufs zu warten. Vor allem war es mir eine Freude, mich noch einmal in diesem Werk an die deutsche Jugend wenden zu können. Möge es auch unter veränderten Verhältnissen ein Echo finden!

Die neue, siebente Auflage ergibt, daß meine Hoffnung nicht getäuscht ist und daß dies Werk auch jetzt noch in weiten Kreisen als ein nützliches Hilfsbuch zu ernstem wissenschaftlichen Studium gilt.

Westend, 20. September 1902.

Heinrich Dernburg.

Vorwort zur achten Auflage.

Die Hoffnungen des großen Rechtslehrers sind nicht getäuscht worden. Indem ich ein schönes Vermächtnis erfülle, mache ich sein berühmtes Lehrbuch aufs neue der studierenden Jugend zugänglich. Es galt, Dernburgs Pandekten unter voller Wahrung ihres Inhalts und der Form den veränderten Bedürfnissen unseres heutigen Rechtsunterrichts, die sich seit dem Erscheinen des BGB. mehr und mehr geklärt haben, anzupassen. Die treffliche Bearbeitung des historischen Stoffes in seiner allmählichen Entwicklung bis zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich konnte auch jetzt aufrecht erhalten werden. Zu beseitigen waren nur mancherlei Streitfragen, die unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts zwar große praktische Bedeutung hatten, heute aber durch das geltende Recht meist entschieden sind. Die sog. Vereinigungsversuche der früheren Rechtslehrer den offensichtlichen Widersprüchen der römischen Quellen gegenüber wirkten oft entstellend auf die lebendige Schärfe der antiken Denkweise. Die meisten Änderungen habe ich mit dem verstorbenen Autor noch persönlich beraten können. Zu erwähnen ist hier namentlich die Umgestaltung des Abschnitts vom Rechtsschutz im Sinne eines kurzen Leitfadens des römischen Zivilprozesses. Ich erhebe hierbei keinen Anspruch auf Vollständigkeit der historischen Darstellung, es sollte eine kurze Übersicht der wichtigsten Momente des römischen Rechtsschutzes gegeben werden.

Ferner haben eine Reihe von Fragen aus dem Sachenrecht, insbesondere die Lehre vom Besitz, mit Billigung des Verstorbenen eine veränderte Wiedergabe erfahren, die meist auf meinen eigenen Vorarbeiten beruht. Die Ergebnisse der modernen Papyrus-Forschungen sind namentlich dort berücksichtigt worden, wo sie völlig sichere Resultate ergaben, und auf die dahin gehörige Literatur ist überall hingewiesen. Mancherlei Kürzungen sollen es ermöglichen, das ganze Werk in einem Bande zu vereinigen, dessen erster Teil hier vorliegt. Der Titel „Pandekten" ist der heutigen Terminologie entsprechend in „System des römischen Rechts" geändert worden.

Meine ausgedehnte Verwaltungstätigkeit hat mich leider der Möglichkeit beraubt, das Werk so schnell zu fördern, wie ich es wollte. Es gereicht mir aber zu hoher Genugtuung, in veränderter Lebensstellung den deutschen Studenten, deren Fleiß und geistige Regsamkeit ich während meiner Lehrtätigkeit an deutschen Hochschulen schätzen gelernt habe, einen herzlichen Gruß zu senden mit dem lebhaften Wunsche, daß ihnen das Werk eines der größten Rechtslehrer unserer Zeit zum Segen gereichen möge.

Schloß Jürgensburg, 20. September 1910.

Dr. Paul Sokolowski,
Kurator des Charkower
(süd-ost-russischen) Lehrbezirks.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Das System des römischen Rechts, seine Quellen und seine Literatur.

Erstes Kapitel. Die Quellen des römischen Rechts.

Seite

§ 1. Das System des römischen Rechts in seiner heutigen Darstellung . . . 1
§ 2. Geschichte der Rezeption des römischen Rechts 3
§ 3. Das Maß der Rezeption des römischen Rechts 6
§ 4. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen 9
§ 5. Charakter der justinianischen Kodifikation 10
§ 6. Gesamtausgaben des corpus juris civilis. Zitiermethode 11
§ 7. 1. Die Institutionen 13
§ 8. 2. Die Pandekten 14
§ 9. 3. Der codex constitutionum 17
§ 10. 4. Die Novellen 18

Zweites Kapitel. Literatur des Pandektenrechts.

§ 11. Die zivilistische Literatur bis zum 18. Jahrhundert 20
§ 12. Naturrechtliche und historische Schule 25
§ 13. Die wichtigsten literarischen Hilfsmittel 27

Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

Erster Abschnitt. Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.

Erstes Kapitel. Begriff des Rechts im objektiven Sinne. Einteilungen.

§ 14. Das Wesen des Rechts im objektiven Sinne 31
§ 15. Zivilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale 32
§ 16. Öffentliches und privates Recht 34
§ 17. Klassifikation der Privatrechte 36

Zweites Kapitel. Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

§ 18. Die rechtsbildenden Faktoren 38
§ 19. Gesetzgebung 40
§ 20. Gewohnheitsrecht. Allgemeine Natur 41
§ 21. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts 43
§ 22. Die Kraft des Gewohnheitsrechts 45
§ 23. Gerichtsgebrauch 47
§ 24. Außerkrafttreten der Gesetze 48

Seite

Drittes Kapitel. Arten der Rechtsnormen.

§ 25. Zwingende Gesetze 49
§ 26. Nichtzwingende Gesetze 52
§ 27. Singuläres Recht. Historische Anomalien 53

Viertes Kapitel. Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.

§ 28. Die Grundsätze der Interpretation 54
§ 29. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation 56
§ 30. Interpretation des corpus juris civilis 58
§ 31. Authentische Interpretation 62
§ 32. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache 63

Fünftes Kapitel. Recht im subjektiven Sinne.

§ 33. Begriff. Der Anspruch 65
§ 34. Die Ausübung der Rechte 67
§ 35. Kollision der Rechte 69

Sechstes Kapitel. Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.

A. Die Beziehungen neuer Gesetze zur Vergangenheit.

§ 36. Ausschließung der Rückwirkung 71
§ 37. Rückwirkende Gesetze 74

B. Räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnorm.

§ 38. Domizil. Personalstatuten 75

Zweiter Abschnitt. Das Rechtssubjekt.

§ 39. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit 78

Erstes Kapitel. Von den physischen Personen.

A. Die Existenz der physischen Personen.

§ 40. Beginn und Ende der Persönlichkeit 79

B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der physischen Personen.

§ 41. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene 83
§ 42. Die Altersstufen 84
§ 43. Rechtsstellung der Frauen 87
§ 44. Geisteskranke 88
§ 45. Verschwender 89
§ 46. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung 91

Zweites Kapitel. Die juristischen Personen.

A. Allgemeines. Die Arten.

§ 47. Verhältnis der juristischen zur physischen Person 94
§ 48. Korporationen 97
§ 49. Gegensatz von Korporation und Gesellschaft 100
§ 50. Anstalten und Stiftungen 103

B. Entstehung und Ende.

§ 51. Begründung der juristischen Person 105
§ 52. Ende der juristischen Person 107

Seite

C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

§ 53. Die Rechtsstellung der juristischen Person 109
§ 54. Repräsentation der juristischen Person 111

Dritter Abschnitt. Von den Rechtsobjekten.

Erstes Kapitel. Vermögen und Vermögensbestandteile.

§ 55. Körperliche, unkörperliche Sachen 113
§ 56. Einheitliche und zusammengesetzte Sachen. Sachgesamtheiten und Sondervermögen 115

Zweites Kapitel. Die res extra commercium.

§ 57. 1. Verkehrsunfähigkeit aus allgemeinen Gründen 117
§ 58. 2. Res divini juris 119
§ 59. 3. Die öffentlichen Sachen 121
§ 60. Öffentliche Wege 123
§ 61. Flüsse, Seen 124

Drittes Kapitel. Arten der körperlichen Sachen.

§ 62. Immobilien und Mobilien 126
§ 63. Vertretbare, verbrauchbare Sachen 127
§ 64. Teilbarkeit der Sachen 129
§ 65. Die wesentlichen Bestandteile und die Pertinenzen 130
§ 66. Frucht und Kapital 131

Vierter Abschnitt. Rechtserwerb und Rechtsverlust.

Erstes Kapitel. Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne.

§ 67. Die juristischen Tatsachen 134
§ 68. Der Rechtserwerb 135
§ 69. Sukzession. Abgeleiteter Erwerb 137
§ 70. Das Datum der Rechte 139
§ 71. Veränderung und Endigung der Rechte 141
§ 72. Anerkennung und Genehmigung 143
§ 73. Privilegien 145

Zweites Kapitel. Rechtlich wichtige Momente der Tatbestände.

I. Unrecht. Irrtum.

§ 74. Objektives und subjektives Unrecht. Verschulden 147
§ 75. Unwissenheit und Irrtum 150

II. Zeit.

§ 76. Zivilkomputation und Naturalkomputation 153
§ 77. Die Zivilkomputation im einzelnen 154
§ 78. Tempus continuum und utile 156

Drittes Kapitel. Die Rechtsgeschäfte.

I. Begriff. Arten.

§ 79. Begriff des Rechtsgeschäftes 157
§ 80. Hauptarten der Rechtsgeschäfte 161

II. Bestandteile des Rechtsgeschäftes.

§ 81. Die Essentialien des Geschäftes 163
§ 82. Beweggründe 164
§ 83. Die Zwecke der Vermögenszuwendungen 165

Seite

III. Willenserklärung.

§ 84. Bedeutung der Willenserklärung 167
§ 85. Formelle und formlose Geschäfte 168
§ 86. Erklärung bei formlosen Geschäften 170

IV. Willensmängel.

§ 87. Die Bedeutung des Willensmomentes 172
§ 88. Simulierte, dissimulierte, fiduziarische Geschäfte 175
§ 89. Geschäftsirrtum. Einleitung 177
§ 90. Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsirrtum 178
§ 91. Zwang 181
§ 92. Betrug 184

V. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

a) Bedingungen.

§ 93. Wesen der Bedingungen 186
§ 94. Form und Arten der Bedingungen 188
§ 95. Uneigentliche Bedingungen 190
§ 96. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung 192
§ 97. Suspensivbedingungen. Schwebezustand 193
§ 98. Die Entscheidung der Bedingung 195
§ 99. Rechtsfolgen der Entscheidung 196
§ 100. Resolutivbedingungen 199

b) Zeitbestimmungen.

§ 101. Gewisse und ungewisse Zeit 201
§ 102. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen 202

c) Auflage-Modus.

§ 103. Auflage-Modus. Voraussetzung 204
§ 104. Allgemeines über Nebenbestimmungen 206

VI. Stellvertretung.

§ 105. Begriff und Arten der Stellvertretung 208
§ 106. Stellvertretung nach römischem Rechte 210

VII. Fehlerhafte Geschäfte.

§ 107. Nichtigkeit und Entkräftbarkeit 212
§ 108. Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte 215
§ 109. Konvaleszenz nichtiger Geschäfte 216

VIII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

§ 110. Auslegung 217
§ 111. Beurteilung nach Redlichkeit und Recht 218

Fünfter Abschnitt. Der Rechtsschutz.

Erstes Kapitel. Selbsthilfe und Rechtshilfe.

§ 112. Selbsthilfe 220
§ 113. Rechtshilfe 222

Zweites Kapitel. Die Grundzüge der römischen legis actiones und des Formularprozesses.

§ 114. Der Begriff des Klagerechts 223
§ 115. Die legis actiones. Allgemeines 225

Seite

§ 116. Die Arten der legis actiones 228
§ 117. Der Formularprozeß. Sein Ursprung und Wesen 233
§ 118. Die Formel und ihre Bestandteile 236
§ 119. Das Verfahren im judicium 249

Drittes Kapitel. Das römische Aktionensystem in seinem Verhältnis zum materiellen Recht.

§ 120. Persönliche und dingliche Klagen 252
§ 121. Strafklagen. Popularklagen 253
§ 122. Kondiktionen, bonae fidei judicia 254
§ 123. Actio simplex und duplex 256
§ 124. Actiones praejudiciales 257
§ 125. Verwandte und konkurrierende Klagen 257

Viertes Kapitel. Das Urteil über die Streitsache.

§ 126. Formelle und materielle Rechtskraft 261
§ 127. Die exceptio rei judicatae 262
§ 128. Wirkung des Urteils für und gegen Dritte 264

Fünftes Kapitel. Endigung des Klagerechts.

I. Die Klagenverjährung.

§ 129. Die Verjährung im allgemeinen 266
§ 130. Entwicklung und Begriff der Klagenverjährung 268
§ 131. Die Voraussetzungen der Klagenverjährung 270
§ 132. Die Wirkungen der Klagenverjährung 275

II. Untergang des Subjekts.

§ 133. Tod des Berechtigten und Verpflichteten 276

Sechstes Kapitel. Die unmittelbaren Eingriffe des Magistrats in die Rechtspflege kraft des Imperiums. Das Verfahren extra ordinem.

I. Die Stipulationes praetoriae und missio in possessionem.

§ 134. Die prätorischen Stipulationen und die missiones in possessionem . . 277

II. Die Interdikte.

§ 135. Die Interdikte. Allgemeines 279
§ 136. Das Verfahren bei den Interdikten 280

III. In integrum restitutio.

§ 137. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 282
§ 138. Verletzung 284
§ 139. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe 285
§ 140. Restitution gegen notgedrungene Versäumnisse 287
§ 141. Durchführung der Restitution nach römischem Recht 289

Zweites Buch. Das Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Einleitung. Der Besitz.

Erstes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze.

§ 142. Begriff des Besitzes 291
§ 143. Der Schutz des Besitzes und seine Entwicklung 294
§ 144. Die Gestaltung der römischen Besitzlehre 296

Seite

Zweites Kapitel. Die Arten, Subjekt und Objekt des Besitzes.

§ 145. Die Arten des Besitzes — possessio suo und alieno nomine 298
§ 146. Subjekt und Objekt des Besitzes 301

Drittes Kapitel. Entstehung und Untergang des Besitzes.

§ 147. Erwerb und Verlust des Besitzes 302

Viertes Kapitel. Die Besitzklagen.

I. Allgemeines.

§ 148. Wesen der Besitzklagen 308

II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

§ 149. Die besitzerhaltenden Interdikte 309
§ 150. Die ordentliche Besitzklage 311
§ 151. Das summariissimum 313

III. Rekuperatorische Besitzklagen.

§ 152. Die römischen rekuperatorischen Besitzklagen 314
§ 153. Spolieneinrede und Spolienklage 316

Fünftes Kapitel. Rechtsbesitz.

§ 154. Servitutenbesitz 318

Zweiter Abschnitt. Das Eigentumsrecht.

Erstes Kapitel. Begriff und Inhalt des Eigentumsrechts.

I. Eigentum und gutgläubiger Besitz.

§ 155. Dingliche Rechte und Eigentum 319
§ 156. Bonitarisches, provinzielles Eigentum 322
§ 157. Der gutgläubige Besitz 325

II. Miteigentum.

§ 158. Begriff des Miteigentumes 328
§ 159. Rechtsstellung der Miteigentümer 330
§ 160. Die Teilungsklage 332

III. Inhalt des Eigentumsrechts.

§ 161. Grundeigentum 336
§ 162. Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines 337
§ 163. Nachbarrecht. Positive Bestimmungen 339

Zweites Kapitel. Erwerb und Verlust des Eigentumes.

I. Allgemeines.

§ 164. Die Erwerbsarten 341
§ 165. Das Eigentumsrecht und die Sache 342

II. Okkupation und Spezifikation.

§ 166. Okkupation 342
§ 167. Spezifikation 344

III. Fruchterwerb.

§ 168. Die Fälle des Fruchterwerbes 347

Seite

IV. Die Fälle der Akzession.

§ 169. Der Schatzerwerb 349
§ 170. Erwerb nach Uferrecht 351
§ 171. Inkorporation in Grundstücke 353
§ 172. Inkorporation in Mobilien 354

V. Derivative Erwerbsarten.

§ 173. Die Tradition 357
§ 174. Legitimation des Tradenten 359
§ 175. Übereignungswille 359
§ 176. Die Besitzübergabe 361
§ 177. Bedingte Tradition 362
§ 178. Die exceptio rei venditae et traditae 364
§ 179. Veräußerungsverbote 366
§ 180. Eigentumszuteilung durch Richterspruch 368

VI. Die Ersitzung.

§ 181. Begriff und Geschichte der Ersitzung 369
§ 182. Erfordernisse der Ersitzung 371
§ 183. Vollendung der Ersitzung 376
§ 184. Die außerordentliche Ersitzung 378
§ 185. Die unvordenkliche Zeit 379

VII. Die Endigung des Eigentumsrechts.

§ 186. Fälle der Beendigung des Eigentumes 381

Drittes Kapitel. Die Klagen des Eigentümers und des gutgläubigen Besitzers.

I. Dingliche Klagen.

§ 187. Die Eigentumsklage 383
§ 188. Die Parteien bei der Eigentumsklage 385
§ 189. Form und Inhalt der Vindikation 389
§ 190. Retentionsrechte gegenüber der Vindikation 391
§ 191. Die publizianische Klage 393

II. Persönliche Klagen.

§ 192. a) Die Grenzscheidungsklage 396
§ 193. b) Cautio damni infecti 399
§ 194. Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen 401
§ 195. c) Actio aquae pluviae arcendae 403
§ 196. d) Die operis novi nuntiatio 406
§ 197. e) Das interdictum quod vi aut clam 409

Dritter Abschnitt. Die Servituten.

Erstes Kapitel. Das Wesen der Servituten.

§ 198. Begriff und Haupteinteilung der Servituten 413
§ 199. Dinglicher Charakter der Servituten 415
§ 200. Verhältnis der Servitut zum Eigentumsrechte 418

Zweites Kapitel. Die Prädialservituten.

I. Allgemeine Grundsätze.

§ 201. Begriff und Wesen der Prädialservituten 421
§ 202. Einteilungen der Prädialservituten 423
§ 203. Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück 424
§ 204. Unteilbarkeit der Prädialservituten 428

Seite

II. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.

§ 205. Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte 430
§ 206. Andere Felddienstbarkeiten 432
§ 207. Gebäudeservituten 433

Drittes Kapitel. Die persönlichen Servituten.

§ 208. Die Arten der Personalservituten 436
§ 209. Der Nießbrauch 437
§ 210. Rechte des Nießbrauchers 440
§ 211. Die Rechte des Eigentümers und die Pflichten des Nießbrauchers . . . 443
§ 212. Uneigentlicher Nießbrauch 446
§ 213. Personalservituten beschränkten Inhaltes 449

Viertes Kapitel. Entstehung und Endigung der Servituten.

§ 214. Begründung der Servitut durch Rechtsgeschäft 451
§ 215. Die Servitutenersitzung 454
§ 216. Richterspruch und Gesetz 456
§ 217. Untergang der Servituten 456

Fünftes Kapitel. Rechtsmittel des Servitutenrechts.

§ 218. Die actio confessoria 460
§ 219. Die actio negatoria 463
§ 220. Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes 465

Vierter Abschnitt. Superfizies und Emphyteusis.

§ 221. Entwicklung von Superfizies und Emphyteusis 468
§ 222. Superfizies 471
§ 223. Emphyteusis 474

Fünfter Abschnitt. Das Pfandrecht.

Erstes Kapitel. Wesen und Geschichte.

§ 224. Begriff des Pfandrechts 476
§ 225. Dinglicher Charakter des Pfandrechts 480
§ 226. Fiduzia und Hypothek 481
§ 227. Die Formalisierung des Pfandrechts in Deutschland 484

Zweites Kapitel. Voraussetzungen des Pfandrechts.

I. Die Entstehungsgründe.

§ 228. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im allgemeinen 486

a) Die freiwillige Bestellung.

§ 229. Der Pfandvertrag 487
§ 230. Der Pfandvertrag über fremde Sachen 488

b) Gesetzliche Pfandrechte.

§ 231. Gesetzliches Pfandrecht des Vermieters und Verpächters 491
§ 232. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte 493

c) Richterliche Pfandrechte.

§ 233. Das pignus praetorium 494
§ 234. Pfändungspfandrecht 496

Seite

II. Gegenstand des Pfandrechts.

§ 235. Verpfändbare Gegenstände 497
§ 236. Umfang der Pfandhaftung 499

III. Die versicherte Forderung.

§ 237. Die Arten der versicherten Forderung 500
§ 238. Umfang der versicherten Forderung 501

Drittes Kapitel. Die Wirkungen des Pfandrechts.

I. Allgemeiner Charakter.

§ 239. Verhältnis des Pfandrechts zum Eigentum 502
§ 240. Ungeteiltheit der Pfandhaftung 503

II. Der Besitz des Pfandes.

§ 241. Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers 504
§ 242. Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen 506

III. Der Pfandverkauf.

§ 243. Geschichte des Pfandverkaufes und der lex commissoria 506
§ 244. Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes 508
§ 245. Die Wirkungen des Pfandverkaufes 510

IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.

§ 246. Die hypothekarische Klage 512
§ 247. Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers 514
§ 248. Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte 515

Viertes Kapitel. Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger.

I. Die Rangordnung.

§ 249. Die normale Rangordnung der Pfandrechte 517
§ 250. Privilegierte Pfandrechte 518

II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.

§ 251. Rechte nachstehender Pfandgläubiger 520
§ 252. Die hypothekarische Sukzession 521

Fünftes Kapitel. Ende des Pfandrechts.

§ 253. Die dem Pfandrechte eigentümlichen Beendigungsgründe 524
§ 254. Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechts 526

Sechstes Kapitel. Verpfändung von Rechten.

§ 255. Verpfändung von Forderungen. Afterverpfändung 529
§ 256. Verpfändung von Servituten 533

Register der Parömien XVI

Regiſter der Parömien.

Die Zahlen ohne nähere Bezeichnung bedeuten die Seiten, die in Parentheſe ſtehenden Ziffern die Paragraphen, a = Anmerkung.

Agere non valenti non currit praescriptio 273 a 9 (131).
Bis de eadem re ne sit actio 263 a 2 (127).
Cavere aut carere 400 (193), 443 (211).
Cessante ratione cessat lex 48 a (24).
Confessus pro judicato habetur 143 a 3 (72).
Correctoriae leges sunt stricte interpretandae 49 (25).
Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat 58 a 10 (29).
Dies coeptus pro completo habetur 155 (77).
Exceptio doli inest bonae fidei judiciis 248 a 45 (118).
Fructus sine usu esse non potest 441 a 14 (210).
Hereditas personam defuncti sustinet 81 (40).
Indivisa est pignoris causa 503 a 1 (240).
In pari causa est potior causa possidentis 70 (35).
Judicio contrahitur 136 (68).
Jus publicum privatorum pactis mutari non potest 49 a 2 (25).
Lex posterior derogat priori 48 (24).
Malitiis non est indulgendum 68 a 7 (24).
Minima non curat praetor 284 a 5 (138).
Nasciturus pro jam nato habetur 81 (40).
Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet 68 a 5 (34).
Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet 359 a 1 (174).
Non exemplis, sed legibus judicandum est 47 a 2 (23).
Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest 54 (27).
Nulli res sua servit 418 (199).
Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur 68 a 4 (34).
Olim et hodie possessor, semper possessor 376 a 4 (183).
Per liberam personam adquiri nobis non potest 211 (106).
Per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse 428 a 2 (204).
Petitorium absorbet possessorium 309 a 4 (148).
Princeps legibus solutus 59 a 7 (30).
Prior tempore, potior jure 518 (249).
Privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio 70 a 7 (35).
Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua 276 a 6 (132).
Quem de evictione tenet actio, eundem repellit exceptio 366 a 10 (178).
Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia 8 (3), 19 a 7 (10).
Qui prior tempore, potior jure 518 (249).
Qui tacet, consentire videtur 171 a 12 (86).
Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere 216 a 1 (109).
Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias 54 (27).
Res judicata pro veritate accipitur 261 a 3 (126).
Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis 199 (100).
Reus in exceptione actor est 245 a 33 (118).
Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem 55 (28).
Servitus in faciendo consistere nequit 416 (199).
Servitus servitutis esse non potest 418 a 11 (199).
Spoliatus ante omnia restituendus 317 a 13 (153).
Superficies solo cedit 119 a 14 (57), 353 (171).
Tantum praescriptum quantum possessum 430 a 1 (205).
Utile per inutile non vitiatur 219 (111).

Einleitung.

Das System des römischen Rechts, seine Quellen und seine Literatur.

Erstes Kapitel.

Die Quellen des römischen Rechts.

§ 1. Das System des römischen Rechts in seiner heutigen Darstellung.

Die Vorlesungen über das System des römischen Rechts, wie sie heute auf den deutschen Universitäten gehalten werden, haben sich aus den früher üblichen Pandektenvorlesungen entwickelt.

Die Pandekten bezweckten die Erforschung einer allgemeinen Theorie des Privatrechts in seinem Werden und seinem gegenwärtigen Zustand. Sie lösten diese Aufgabe durch die Darstellung des gemeinen Rechts, soweit es sich an das römische Recht anschloß. Denn dieses ist der Grund, welcher das Privatrecht der Gegenwart trägt.[1]

Gewohnheit und Gerichtsgebrauch schufen im ehemaligen deutschen Reich das gemeine Recht, vorzugsweise dadurch, daß sie römische Rechtssätze rezipierten, dem deutschen Geiste gemäß gestalteten und antike und römische Rechtsideen mit germanischen und modernen verbanden. „Gemeines" wurde dieses Recht genannt, weil es allen Teilen des Reiches gemeinsam war. Von vornherein stand es in einem Gegensatz zu den besonderen Rechten der Landschaften, der Gemeinden und anderer

1) Die Bezeichnung dieser Vorlesungen als „Pandekten" hatte einen historischen Grund. Pandekten nannte Justinian den wichtigsten Teil seines Rechtsbuches, vgl. unten § 8. An die justinianischen Pandekten schlossen sich seit dem 12. Jahrhundert die Vorlesungen und Bücher über Zivilrecht vorzugsweise an. Zuerst geschah dies exegetisch, dann den Stoff selbständig systematisch verarbeitend. Es schien zweckmäßig, den Ausdruck Pandekten festzuhalten; er deutete auf die praktische Tendenz und den historischen Hintergrund der Disziplin. Für seine groß angelegte, freilich nur den allgemeinen Teil erschöpfende Darstellung des gemeinen Rechtes auf römischer Grundlage wählte Savigny den Titel „System des heutigen römischen Rechts". Jetzt führt gemäß staatlicher Anordnung die Vorlesung über römisches Recht an den deutschen Universitäten den Namen: System des römischen Rechts.

kleinerer Rechtskreise des Reiches, welche es vorfand. Diese Partikularrechte wurden nie vollständig verdrängt und hatten ihre eigenartige Entwicklung. Ihnen gegenüber erhielt das gemeine Recht *subsidiäre* Geltung, d. h. es hatte nur Kraft in Ermangelung abweichender partikularer Normen. Dies drückte populär der Spruch aus: *Landrecht bricht gemeines Recht*. Ein solches Verhältnis war der Verfassung des Reiches entsprechend. Das Reich war gebildet aus Teilen von großer Selbständigkeit, welche doch wieder zu einer staatlichen Einheit zusammengefaßt waren.

Im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts lockerte sich der längst brüchige Reichsverband infolge des jugendlichen Aufstrebens Preußens. Nun verlor das gemeine Recht formell seine Gesetzeskraft in wichtigen Teilen des Reiches, zunächst in Preußen durch das allgemeine Landrecht (zitiert: ALR.) für die preußischen Staaten, welches am 1. Juni 1794 in Kraft trat.[2]

Am 6. August 1806 erfolgte mit der Niederlegung der Kaiserwürde durch Kaiser Franz die endliche *Auflösung des deutschen Reiches*. Welche Bedeutung dieser Staatsakt für das *Fortbestehen eines gemeinen deutschen Rechts hatte*, ist streitig.

Nach einigen hörte es damit auf, gemeines Recht zu sein. Allerdings sei es in den zu selbständigen Staaten gewordenen Teilen des ehemaligen Reiches in Kraft geblieben, soweit es damals in ihnen galt und später nicht durch andere Gesetze verdrängt wurde, aber nur in der Eigenschaft eines *Landrechts* jedes dieser Staaten. Eine *gemeinrechtliche Fortbildung* des ehemaligen gemeinen Rechts sei daher von der Auflösung des Reiches an nicht mehr denkbar und höchstens eine *gleichmäßige* Fortentwicklung dieses Rechts in den verschiedenen deutschen Staaten möglich.[3]

Diese Auffassung wurde dem wirklichen Sachverhalt nicht gerecht. Die politische Verfassung des Reiches, innerlich hohl, konnte dem Stoß, welcher gegen dasselbe von Frankreich aus geführt wurde, nicht widerstehen. Aber es blieb die *Nation*, und diese wahrte, dank einer gemeinsamen tausendjährigen Geschichte, durch die Gemeinschaft der Sprache, der Literatur, der Wissenschaft und durch gemeinsame Institutionen ihre *Einheit*.

Daher bewahrte das gemeine Recht trotz aller Katastrophen politischer Natur seine Lebenskraft. Es war nicht durch die Gesetzgebung geschaffen, sondern aus dem Schoße des Volkes heraus durch Gewohnheit, Gerichtspraxis und Wissenschaft gebildet. Gerichtsgebrauch und Wissenschaft hielten es als *gemeines* fest und bildeten es als solches weiter, auch nachdem

---

2) Die späteren im Gebiete des ehemaligen Reiches publizierten Kodifikationen sind: a) das am 1. Juli 1811 in Österreich in Kraft getretene allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, b) der 1801—1804 in Frankreich publizierte code civil, welcher am linken Rheinufer, im ehemaligen Großherzogtum Berg und in deutscher Bearbeitung in Baden gilt, c) das unter dem 2. Januar 1863 publizierte bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

3) So Wächter, gemeines Recht Deutschlands 1844, ferner Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 19, Beilage. — Vgl. hiergegen Bruns, kl. Schriften Bd. 1 S. 20, Bekker in seinem und Muthers Jahrbuch Bd. 1 n. 1.

der politische Verband des Volkes gesprengt war. Es wurde hiermit nur dem unzerstörbaren Anspruch der Deutschen, als eine Einheit behandelt zu werden, Ausdruck gegeben.

Auch soweit das gemeine Recht in deutschen Staaten formell außer Kraft gesetzt wurde, behielt dasselbe im wissenschaftlichen Sinne Subsidiarität. Denn auf seiner Grundlage ruhen die modernen Kodifikationen, aus ihm vorzugsweise sind sie zu erklären und zu ergänzen.

Das für das Deutsche Reich am 18. August 1896 verkündete Bürgerliche Gesetzbuch, welches am 1. Januar 1900 in Kraft trat, hob die bisher in den deutschen Staaten geltenden privatrechtlichen Normen, die gemeinrechtlichen wie die landesrechtlichen, auf, soweit sie sich nicht durch Vorbehalte behaupteten. Aber das neue Gesetzbuch ist in vielen Teilen aus den Begriffen und Rechtsnormen des römischen und gemeinen Rechts abgeleitet und setzt sie voraus. Die Kenntnis des römischen Systems ist daher für das Verständnis und die Weiterbildung des neuen Gesetzbuchs ganz unentbehrlich.[4]

Es kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt in Betracht.

Von Jahr zu Jahr steigert sich der Verkehr der Nationen und drängt zu einem einheitlichen Verkehrsrecht. Für dieses gibt das römische Recht feste Bausteine, da es bei allen Völkern des europäischen Kulturkreises Grundlage des Rechtsstudiums und Quelle von Rechtssätzen ist.

Auf unberechenbare Zeit hinaus wird daher das römische Recht, auch abgesehen von unmittelbarer Anwendbarkeit, einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsstudiums bilden müssen, zur Belebung der juristischen Anschauung und als eines der merkwürdigsten Denkmale menschlicher Geistesgröße.[5]

§ 2. Geschichte der Rezeption des römischen Rechts.[1]

Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wurde bereits im frühen Mittelalter vorbereitet. Doch handelte es sich damals um vorüber-

4) Das Reichsgesetz v. 13. Dezember 1873 erstreckte mittels Abänderung des Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung die Zuständigkeit des Reiches auf „die gemeinsame Gesetzgebung über das bürgerliche Recht", in der Absicht, ein bürgerliches Gesetzbuch für Deutschland zu schaffen. Die Ausarbeitung wurde, nachdem eine Vorkommission ein Gutachten über Plan und Methode erstattet hatte, am 22. Juni 1874 einer Kommission von 11 Mitgliedern übertragen, deren Entwurf mit 5 Bänden Motiven 1888 veröffentlicht wurde. Eine reiche Literatur knüpfte sich an diese Veröffentlichung. Am 4. Dezember 1890 beschloß der Bundesrat eine Umarbeitung durch eine neue Kommission von 22 Mitgliedern. Ihr Entwurf — sog. zweite Lesung — wurde mit einigen Abänderungen vom Bundesrat angenommen und so gestaltet dem Reichstag am 17. Januar 1896 vorgelegt. Die Reichstagskommission wie auch das Plenum des Reichstags trafen nicht unerhebliche Änderungen. Am 1. Juli 1896 nahm der Reichstag den Entwurf an. Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 §§ 1—5.

5) Römisches Recht ist in unmittelbarer Geltung im Königreich Griechenland, ferner in der Kapkolonie, Kohler in der Zeitschrift f. vgl. Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 222 ff., und auf Ceylon, Kohler, rechtsvergleichende Studien S. 246. Interessantes Material über die Stellung, welche das System des römischen Rechts in den Lehrplänen der Universitäten verschiedener Staaten einnimmt, hat Leonhard zusammengestellt in den Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft. 1906.

1) Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen 1860 Bd. 1 S. 609 ff., Bd. 2

gehende und vereinzelte Einflüsse.[2] In umfassender Weise geschah die Rezeption *seit der Mitte des fünfzehnten* und mit dem Anfang des sechzehnten Jahrhunderts. Sie vollzog sich damals mit einer fast elementaren Gewalt. An entschiedener und selbst stürmischer Opposition gegen die römischen Lehren fehlte es zwar in jener Zeit so wenig als späterhin,[3] aber sie zerschellte an der Wucht, mit welcher das neue Recht eindrang. Nie wird es gelingen, das Geheimnis so tief gehender Bewegungen im Völkerleben durch Reflexion vollständig zu ergründen. Indessen treten doch gewichtige treibende Momente unzweideutig hervor.

In erster Linie ist es ein nationaler Gedanke, in welchem sich die Rezeption des fremden, nicht nationalen Rechts gründete. Der Gedanke der *Rechtseinheit* war für den Verkehr und für die Rechtsprechung Deutschlands notwendig geworden. Die deutschen einheimischen Rechte, vielfältig und lokal zersplittert, ließen sich nicht übersehen und beherrschen. Daß sich in jener Verschiedenheit meist eine und dieselbe germanische Grundanschauung spiegelte, machte den Zustand kaum erträglicher. Denn für die praktische Handhabung des Rechts kommt es gerade auf das Detail an. Neben diesen partikularen Rechten aber schien ein einheitliches Recht für das Reich bereis da zu sein. Man brauchte es nur zu ergreifen. Es lag im corpus juris civilis von Justinian.

Altehrwürdige Sage lehrte, daß das corpus juris civilis *Kaiserrecht Deutschlands* sei. Die deutschen Könige galten als Nachfolger der römischen Imperatoren.[4] Als solche hatte sie die höchste Autorität

S. 1 ff. Franklin, Beiträge zur Geschichte der Rezeption 1863. C. A. Schmidt, die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland 1868. Stölzel, die Entwicklung des gelehrten Richtertums in den deutschen Territorien 2 Bde. 1872. Modderman, de receptie 1874, aus dem Holländischen übersetzt und mit Zusätzen versehen von K. Schulz 1875. Muther, römisch. und kanon. Recht im Mittelalter 1871, von dems. zur Geschichte der deutschen Rechtsw. und der Universitäten in Deutschland 1876. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtsw. 1. Abt. 1880 S. 37 ff. Dazu Böhlau, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 23 S. 525, Bd. 26 S. 1. Laband, über die Bedeutung der Rezeption des röm. Rechts für das deutsche Staatsrecht 1880. Franken, Romanisten und Germanisten 1882. Boretius, die Umwandlung des deutschen Rechtslebens durch die Annahme des römischen Rechts in d. Preuß. Jahrb. Bd. 52 S. 105 ff. Kohler und Liesegang, das römische Recht am Niederrhein 1896. Merkel, der Kampf des Fremdrechts mit dem einheimischen Recht in Braunschweig-Lüneburg 1904.

2) Über einzelne Zitate und Floskeln aus dem frühen Mittelalter vgl. Stobbe a. a. O. S. 647. Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abt. Bd. 11 S. 304. Siehe ferner über den Rechtszustand des Mittelalters: Franklin a. a. O. und Muther a. a. O., namentlich Abhandl. 1: röm. u. kanon. Recht im deutschen Mittelalter, Kohler a. a. O.

3) Von Opposition gegen die „Doktoren" seit dem 16. Jahrhundert berichten Franklin a. a. O. und Stobbe a. a. O. Bd. 2 S. 50, ferner Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1. Abteilung S. 69. Für das römische Recht waren vorzugsweise die Fürsten und die landesherrlichen Diener, sowie die Städte, vielfach aber auch der Adel, welcher in demselben eine Stütze seiner Gewalt über die Bauern fand, gegen dasselbe vornehmlich die Bauern.

4) Als Formel für die Bestellung eines Richters in Rom zur Zeit Ottos III. wird mitgeteilt — Stobbe a. a. O. S. 613 — tunc dicat imperator judici: cave ne aliqua occasione *Justiniani sanctissimi antecessoris nostri legem subvertas*. Tunc imperator . . . det ei in manum librum codicum et dicat: secundum hunc librum judica Romam et Leonianam orbemque universum. Vgl.

der Christenheit, der römische Papst, geweiht und anerkannt. War also ihr Reich ein römisches deutscher Nation, wie sollte nicht das römische Gesetzbuch auch Gesetz dieses Reiches sein?

Diese Überlieferungen kommen zur Verwirklichung in jener großen Bewegung, welche die Völker im Reformationszeitalter ergriff. Die Entdeckung neuer Welten und wirtschaftliche Veränderungen, die hiermit zusammenhingen, die Bildung großer Territorialstaaten, der Zusammenbruch der mittelalterlichen Anschauungen und Ordnungen, der Humanismus, schließlich die Reformation, dies alles gehörte jener Zeit an. Ein neues Recht schien der selbstverständliche Begleiter solcher Veränderungen in dem geistigen, politischen und sozialen Leben der Zeit zu sein. Daraus erklärt es sich, daß zur Rezeption des römischen Rechts die Juristen, die Laien und alle konstituierten öffentlichen Gewalten des Reiches wie der Territorien zusammenwirkten, und folgende Gesichtspunkte sind hier von Bedeutung:

a) Die Theorie der Rechtswissenschaft im Mittelalter war eine ausschließlich romanistische. Die Universitäten als Pflegstätten christlicher Wissenschaft lehrten nur das von den Kaisern und von den Päpsten gesetzte Recht. Denn diese allein waren der Idee nach die Oberhäupter der Christenheit.[5] Nur mit dem römischen und dem kanonischen Rechte beschäftigten sich daher die großen Rechtslehrer des Mittelalters. Die romanistische Doktrin erfüllte ihren Vorstellungskreis, ihr allein suchten die zu Doktoren promovierten Juristen Eingang zu verschaffen, wenn sie in hohen geistlichen und weltlichen Stellungen Recht anzuwenden hatten.

Fast noch bedeutsamer war die Entstehung eines zahlreichen Standes von Halbgelehrten. Diese suchten und wußten die Gemeinplätze der romanistischen Doktrin als Rechtsberater geltend zu machen und rücksichtslos in das praktische Leben einzuführen. Für sie speziell entstand eine eigene umfassende, populäre Literatur, darunter die unter mancherlei Namen umlaufenden Klagspiegel, welche auf den Einfluß dieses Standes ein helles Licht warfen.[6]

b) Die ungelehrten Schöffen fanden das Recht nach alter Tradition und aus ihrer Überzeugung heraus und waren den sich rasch

---

die weiteren Anführungen bei Stobbe a. a. O. S. 614 ff. Insbesondere betonten die Hohenstaufen Friedrich I. und Friedrich II. den Gedanken, daß sie Nachfolger der altrömischen Kaiser seien. Auch Friedrich III., Maximilian I. und Karl V. liebten es, den Kaiser Justinian als ihren „Vorfahr am Reich" zu bezeichnen, vgl. Stobbe Bd. 2 S. 110.

5) Muther a. a. O. S. 253.

6) Ein Werk bewunderungswürdigen Fleißes und Scharfsinnes schuf Stintzing in seiner Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und im Anfange des 16. Jahrhunderts 1867. Vgl. hierzu Muther a. a. O. S. 158: Zur Geschichte der mittelalterlichen Rechtsliteratur für „pauperes" und „minores", siehe Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abt. 1 S. 75, sowie das verdienstvolle Werk von Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im MA. 1. Bd.: Zur Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts, 1898.

umgestaltenden Verhältnissen nicht gewachsen. Durch die Halbgelehrten, welche die Parteien vor ihnen vertraten, wurden sie vollends in Verwirrung gesetzt. Sie verloren das Vertrauen zu sich, und das Volk verlor jedes Vertrauen zu ihnen. Infolgedessen wandten sich die Parteien zunächst im Wege des Schiedsvertrages den landesherrlich behufs der Landesverwaltung eingesetzten Amtleuten zu, welche, der fremden Rechte kundig, nach ihnen sprachen. So traten allmählich an die Stelle der ungelehrten gelehrte Gerichte.[7]

c) Inzwischen hatte die Reichskammergerichtsordnung bei der Reform des Reichskammergerichts die Kammerrichter zum Eide verpflichtet, „nach des Reiches gemeinen Rechten" zu richten. Als solche galten römisches und kanonisches Recht.[8] Hierin liegt zwar keine gesetzliche Einführung des römischen Rechts, wie man früher vermeinte, aber eine gesetzliche Anerkennung und Förderung seiner Geltung.

In ähnlicher Weise wurden die neueingerichteten Obergerichte der Territorien auf römisches Recht verwiesen.[9] Auch die partikulare Gesetzgebung begünstigte die Rezeption. Man verfaßte Reformationen, Landrechte, in welchen zwar auch heimische Gewohnheiten Berücksichtigung fanden, die meist aber in erster Linie darauf gerichtet waren, die römischen Rechtssätze im Leben einzubürgern und jedenfalls diesen Erfolg hatten.[10]

§ 3. Das Maß der Rezeption des römischen Rechts.

1. Das römische Recht hat in Deutschland nur subsidiäre Geltung erlangt, d. h. es kam bloß in Ermangelung einer einheimischen, wenn auch nur partikularen, Rechtsnorm zur Anwendung. Die Romanisten der Rezeptionszeit behaupteten zwar, partikulare Gewohnheiten hätten nicht die Kraft, gemeines Recht zu durchbrechen.[1] Wäre dies anerkannt worden, so hätte das römische Recht in Deutschland

7) Während man früher annahm, daß sich die älteren deutschen Gerichte in gelehrte „umgewandelt" hätten, hat Stölzel a. a. O. gezeigt, daß außerhalb der ungelehrten Gerichte Gelehrte zur Rechtsprechung herangezogen wurden, welche im Gegensatz zu den Gerichten standen und sich erst in neuerer Zeit den Namen von Gerichten aneigneten. So auch Sohm, die deutsche Rechtsentwicklung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 n. 8.

8) Nach der Kammergerichtsordnung von 1495 § 3 sollten die Urteiler schwören: „nach des Reychs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumb, Herrschaften" zu richten.

9) Vgl. Stobbe a. a. O. Bd. 2 S. 86, 131.

10) Vgl. u. a. die interessante Darstellung in Wächters württembergischem Privatrecht Bd. 1 S. 227. Bei Entwerfung des Landrechts für Württemberg erklären die Redaktoren, „es sei vergeblich, unmöglich und in keiner Hinsicht zu raten und zu tun, daß die in großen Haufen vorgelegten Entwürfe und Satzungen gelesen oder erwogen, viel weniger, daß hieraus ein wohl bedächtliches, nützliches, gutes und gleichmäßiges Landrecht gewonnen und gemacht werden könne". Mit jeder neuen Redaktion des Landrechts aber machte die Romanisierung weitere Fortschritte. — In der Mark Brandenburg wurde die Rechtsprechung nach Kaiserrecht durch die constitutio Joachimica von 1527 verordnet, „dieweil unser Churfürstenthumb Brandenburg im Römischen Reich begriffen".

1) Die l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52 wurde nach gemeiner Meinung so ausgelegt, daß die partikulare Gewohnheit die lex, d. h. das corpus juris civilis nicht aufheben könne.

nahezu die Alleinherrschaft erlangt. Denn die deutschen Rechtsauffassungen stützten sich hauptsächlich auf partikulare Gewohnheiten. Aber eben deshalb konnte jene Ansicht nicht durchdringen. Vielmehr wurde die Subsidiarität des gemeinen Rechts auch gegenüber partikularem Gewohnheitsrecht in Praxis und Theorie festgestellt.[2]

2. Eine alte Behauptung ist, daß das corpus juris civilis als Ganzes — in complexu — Gesetzeskraft für Deutschland erlangt habe. Man schloß daraus, daß jeder Satz jenes Rechtsbuches „fundatam intentionem in jure" gewähre, d. h. in Deutschland Recht schaffe, solange seine Beseitigung durch eine Rechtsquelle nicht nachgewiesen sei.

Dies entsprach den Grundanschauungen der Rezeptionszeit. Denn damals sah man das corpus juris civilis als ein für Deutschland unmittelbar verbindliches Gesetz an.[3] Später erkannte man, daß die Kodifikation Justinians in Deutschland niemals als Gesetz publiziert worden sei und ihre Geltung nur auf Gewohnheit beruhe. In die deutsche Gewohnheit sind aber ohne Zweifel nur solche römischen Rechtssätze übergegangen, welche Anknüpfungspunkte an das deutsche Leben und die deutsche Rechtsanschauung fanden. Man hätte folglich an die Stelle jenes Axioms den Satz stellen sollen, daß sich der Umfang der Rezeption aus der Gewohnheit ergebe und daß, was der deutschen Gewohnheit fremd blieb, auch nicht gemeines Recht wurde.

Diese Folge haben aber nur wenige gezogen. Es blieb ein herrschendes Dogma der Romanisten, daß Justinians Gesetzessammlung in Deutschland in complexu, also als Ganzes, rezipiert sei.[4] [5] Folgerecht hat diese Ansicht

---

2) Die älteren Reichsgesetze stellten regelrecht neben die gemeinen Rechte „die guten Gewohnheiten". Die Reichshofratsordnung von 1654 aber besagte, Tit. 1 § 15 — Sammlung der Reichsabschiede Bd. 4 Zusatz S. 50 — es seien in Acht zu nehmen „privilegia, gute Ordnung und Gewohnheiten und in Mangel derselben die Kayserliche Rechten".

3) Gleichwohl hat der hochangesehene Jurist Zasius in der Rezeptionszeit es nachdrücklich als seine Aufgabe erklärt, von dem römischen Rechte nur dasjenige zu lehren, „was nützlich, heilsam und den Sitten Deutschlands entsprechend sei". Hierzu bemerkt Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtsw. Bd. 1 S. 168: „Er behandelt es als selbstverständlich, daß nicht alle Bestandteile des kaiserlichen Rechts anwendbar seien, daß es notorisch in Deutschland Sitten und Zustände gebe, welche mit den Grundsätzen des römischen Rechts inkommensurabel sind oder ihm geradezu widersprechen, daß hier die Unanwendbarkeit eines speziellen Beweises nicht bedürfe. War doch auch die kaiserliche Gewalt niemals als Despotie gedacht. Ihr, wie ihres Rechts praktisches Durchgreifen hatte stillschweigend anerkannte Schranken, die nirgends formuliert, sondern im einzelnen Falle zu finden waren."

4) Von Neueren, die sich für die Rezeption des römischen Rechts in complexu aussprechen, seien erwähnt: Vangerow Bd. 1 § 5, Wächter, gemeines Recht Deutschlands 1844 S. 193 ff., Pand. Bd. 1 § 11, Windscheid Bd. 1 § 2 Ziff. 2 S. 5, Bekker, Pand. Bd. 1 S. 6, Regelsberger Bd. 1 S. 12. Nur die Veränderung ging in der Lehre vor sich, daß man früher von dem Gegner den „Beweis" der Nichtgeltung des corpus juris forderte, während man das Axiom jetzt so erklärt, daß der Richter das corpus juris anwenden müsse, soweit ihm nicht dessen Aufhebung durch Gesetz oder Gewohnheit bekannt sei. Gegen die Rezeption in complexu hat sich in beachtenswerter Weise Leist, zivilist. Studien Bd. 1 S. 12 ff. ausgesprochen, vgl. auch Kierulff, gemeines Zivilrecht Vorrede p. X, Beseler, Deutsch. Privatrecht Bd. 1 § 8, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 5 S. 37.

5) Willkürlich war die Behauptung Savignys — System Bd. 1 S. 69, 165 — daß

freilich niemand durchgeführt; gleichwohl war sie schädlich, indem sie dazu verleitete, zahlreiche Rechtssätze theoretisch als bestehend darzustellen, die im wirklichen Leben keinen Boden hatten.[6] [7]

3. Anerkanntermaßen erhielten keine gemeinrechtliche Geltung diejenigen Sätze des corpus juris civilis, welche die Glossatoren, d. h. die Lehrer der Rechtsschule zu Bologna im 12. und 13. Jahrhundert[8], nicht mit Glossen — Erklärungen — versahen oder, genau gesprochen, welche Accursius in seiner Zusammenstellung der Glossen dieser Schule — der glossa ordinaria — nicht glossiert hat. Hiermit waren einige justinianische Gesetze betroffen, welche jenen Rechtslehrern bekannt waren, aber der Glossierung nicht würdig erschienen, zugleich aber auch zahlreiche Gesetze, die zur Zeit der Glossatoren noch unbekannt, später aufgefunden und dem corpus juris einverleibt wurden.

Den Grundsatz: quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum schrieb man bis in die neueste Zeit dem Mittelalter zu, er sei mithin schon in der Rezeptionszeit vorhanden gewesen. Die Autorität der Glosse im späteren Mittelalter habe dahin geführt, was die Glosse nicht beachtete, nicht als Recht anzuwenden. Diese Auffassung war aber eine irrtümliche.[9] Der Satz verdankte seine Aufstellung erst dem Ende des 17. Jahrhunderts.[10] Die Nichtglossierung gewisser Gesetze war nicht der Grund der Nichtrezeption derselben. Jener Spruch bezweckte nur die Konstatierung einer Tatsache. Es traf sich nämlich, daß die nichtglossierten Gesetze, weil für die deutschen Verhältnisse nicht passend, auch der deutschen Praxis

das römische „Staatsrecht" nicht zu den rezipierten Teilen des römischen Rechts gehörte. Vgl. Stobbe, Rechtsquellen Bd. 2 S. 123, Wächter im Archiv für ziv. Praxis Bd. 23 S. 434, Gierke § 3 S. 16.

6) Der Gegensatz der Ansichten wird deutlich durch ein Beispiel, welches Samuel Stryk — usus modernus Pandectarum 1690 vol. I. discursus praeliminaris § 34 — fingiert, um die Rezeption des römischen Rechts in complexu zu erläutern. Wenn, führt Stryk aus, in Deutschland niemals seit tausend Jahren ein Testament gemacht worden wäre, so sei das Recht zu testieren in Deutschland nicht aufgehoben. Denn die Unterlassung der Benutzung dieses Rechts durch die einen könne anderen nicht schaden. Nur eine entgegenstehende Gewohnheit — also z. B. fortgesetzte Nichtanerkennung von errichteten Testamenten — hätte das Testierrecht aufgehoben.

7) Es ist zur Würdigung der Streitfrage folgendes nicht zu übersehen. In den früheren Jahrhunderten hat man sehr unbefangen Rechtssätze, welche dem römischen Rechte zuwiderliefen, durch Belegstellen aus dem römischen Recht begründet. Damit nahm man es durchaus nicht genau. Schließlich entschied bei Streitfragen in der Praxis das herkömmliche Recht, das praktische Bedürfnis. Die römische Stelle kolorierte nur das Resultat. Unter solchen Umständen vermochte man zu sagen, das römische Recht gelte in seiner Gesamtheit, da man sich vorbehielt, es überall, wo es nicht paßte, wegzuinterpretieren. Im 19. Jahrhundert wurde diese Methode verlassen. Es wurde nicht mehr gewagt, deutschrechtliche und moderne Sätze aus den römischen Quellen zu belegen, obgleich diese das Entgegengesetzte besagen. Aber die Konsequenz durfte nun nicht sein, daß jetzt das Römische schlechthin gelte, sondern die Erkenntnis mußte zur Geltung kommen, daß es nur soweit gelte, als es in Wahrheit praktisch wurde.

8) Vgl. unten § 11.

9) Dies ist nachgewiesen in der Schrift von Landsberg: über die Entstehung der Regel: quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum, Bonn 1880.

10) Sprichwörtlich erscheint zuerst bei Stryk die Regel so: quos textus non agnoscit glossa, nec agnoscit forum, Landsberg a. a. O. S. 83.

überwiegend fremd geblieben waren. Dies bestätigte man durch jenen Spruch.[11]

Manche wollten aus der Fassung desselben die Folge ziehen, daß auch die Lesart der Glossatoren als authentischer Text des corpus juris civilis im gemeinen Recht zu erachten sei. Dies aber ist nicht der Sinn des Spruches. Auch hatten die Glossatoren einen feststehenden Text nicht. Sie suchten ihn in oft willkürlicher Konjekturalkritik zu bilden, ohne daß Einigung entstand. Ihre Lesarten sind zudem seit Jahrhunderten verschollen, und die gedruckten Ausgaben haben seitdem durchgängig bessere Texte an deren Stelle gesetzt.[12]

§ 4. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen.

Die Rezeption bezog sich nur auf das Gesetzbuch Justinians. Sie erstreckte sich auf keine anderen Quellen des römischen Rechts. Zu diesen nichtrezipierten Denkmälern gehören folgende:

a) Mehrere Schriften klassischer römischer Juristen haben sich außerhalb der Sammlung Justinians erhalten, freilich nur bruchstückweise oder verstümmelt.[1] Das umfassendste Bruchstück sind die Institutionen des Gajus, wie sie uns in echter Gestalt der Veroneser Palimpsest zu ihrem größeren Teil enthüllte. Ferner sind zu erwähnen die fragmenta Ulpiani, mehrere Abschnitte aus dem liber regularum dieses Juristen, dann die übel zugerichteten sententiae von Paulus, und die Sammlung von Bruchstücken aus römischen Juristen und von kaiserlichen Konstitutionen, welche den Namen fragmenta Vaticana führt. Auch die collatio legum Mosaicarum et Romanarum enthält wichtige Auszüge aus Werken römischer Juristen.[2]

b) Einzelne Verordnungen römischer Kaiser vor Justinian sind in Bruchstücken des codex Gregorianus und Hermogenianus erhalten, sehr zahlreiche finden sich im codex Theodosianus,[3] an den

11) In den Institutionen sind keine unglossierten Stellen; in den Pandekten sind nicht glossiert die aus den Basiliken restituierten l. 7 § 5 bis l. 11 D. de bonis damnat. 48, 20 und l. 10 bis l. 19 D. de interdict. et rel. 48, 22. Die nicht glossierten Stellen des Kodex und der Novellen finden sich u. a. angegeben bei Vangerow, Pandekten Bd. 1 § 6 Anm. 1, Arndts § 2 Anm. 3.

12) Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867 S. 2, bemerkt bezüglich der Pandekten: „der in der Taurellischen Ausgabe — vom Jahr 1553 — rein wiedergegebene Text der Florentina ging in alle späteren Ausgaben über, so daß wir dadurch mit einem Male den ganzen Wust von Korruptelen los wurden, der sich durch die fortgesetzten Fehler der Schreiber und die Schulemendation der Glossatoren angehäuft hatte."

1) Diese Quellen, welche für ein gründliches Studium der Pandekten unentbehrlich sind, hat in einem mäßigen Bande herausgegeben Huschke: jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt zuerst 1861, 5. Ausgabe 1886. Eine neue gründlich revidierte Ausgabe von Seckel und Kübler I. 1908. Den Grundsätzen der modernen philologischen Kritik entspricht die collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum ed. Krueger, Mommsen, Studemund, Berlin 1877 bis 1890, drei Bände.

2) Zu vergleichen ist auch das römisch-syrische Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert, herausgegeben, übersetzt und erläutert von Bruns und Sachau, Leipzig 1880.

3) Die Ausgabe, auf die wir noch für den codex Theodosianus verwiesen sind, ist die von Hänel, Bonn 1842 ff., ein Bestandteil des sog. Bonner corpus juris, das

eine Sammlung von Novellen von Theodosius II., Valentinian III., Marcian, Majorian und Severus sich anschließt.

c) Nachjustinianische Quellen. Vor allem sind wichtig die Basiliken, eine griechische Umarbeitung des justinianischen Gesetzbuches in systematischer Folge, um das Jahr 900 unter Kaiser Leo verfertigt und als Gesetzbuch des byzantinischen Reiches publiziert. Die Basiliken sind mit Scholien versehen, von denen die älteren in die justinianische Zeit hinaufreichen.[4]

Obige Urkunden haben ein hohes wissenschaftliches Interesse. Sie dienen zur Interpretation des corpus juris civilis. Sie liefern nicht selten Material zur Feststellung seines Textes. Das letztere gilt namentlich für die Basiliken. Die Aussprüche hochberühmter Juristen, wie Ulpian und Paulus, verdienen, selbst wenn sie nicht im corpus juris stehen, Beachtung, namentlich sofern sie Fragen entscheiden, die noch heute praktisch sind.[5] Eine gesetzesgleiche Geltung haben aber alle diese Quellen in Deutschland nicht erlangt.

§ 5. Charakter der justinianischen Kodifikation.[1]

Das Gesetzbuch Justinians gleicht keiner modernen Kodifikation.[2]

Die modernen Gesetzbücher des Privatrechts, z. B. das allgemeine preußische Landrecht, der code civil Frankreichs, das Bürgerliche Gesetzbuch formulieren abstrakte Rechtssätze. Der Sache nach reproduzierten diese Gesetzeswerke allerdings das bestehende Privatrecht, welches sie festzustellen suchten und teils näher bestimmten, teils weiterbildeten; aber sie brachten das übernommene Recht in eine neue Form, so daß es wie etwas durch sie erst Geschaffenes erscheint.

1835 ff. erschien. Die Berliner Akademie d. W. veranstaltete eine neue kritische Ausgabe, vgl. Mommsen, Zeitschr. der Sav.Stiftg. rom. Abt. Bd. 21 S. 149, 385. Man zitiert den codex Theodosianus als C. Th.

4) Das Nähere über die byzantinischen Gesetze ist in der Rechtsgeschichte mitzuteilen. Die Basiliken sind herausgegeben von Heimbach, 5 Bände 1833 ff., wozu ein supplementum von Zachariä 1846 kam. Interessant ist Zachariä, Geschichte des griechisch-römischen Rechts 3. Aufl. 1892.

5) Bezüglich der Frage z. B. ob dann, wenn eine Erbschaft mehreren Miterben gemeinsam ist, eine Teilungsklage auch bloß unter einigen der Miterben zulässig ist, legt man gegenüber der l. 2 § 4 D. fam. erc. 10, 2 von Ulpian, welche die Frage bejaht, Gewicht auf Paul. sent. I 18 § 4, welcher sie verneint.

1) Die Entstehungsgeschichte des corpus juris und vieles einzelne, was wissenswert ist, muß der Rechtsgeschichte überlassen bleiben. Siehe Krüger, Geschichte der Quellen 1888 § 42 ff., Kipp, Quellenkunde 1896 § 19 und namentlich Costa, Storia delle fonti del diritto Romano 1909.

2) Unter Kodifikation — codicem facere — versteht man ein Gesetzbuch, welches das Recht oder einen Zweig des Rechts, z. B. das Privatrecht oder einen Teil desselben, erschöpfend regelt, unter Aufhebung der früheren einschlagenden Gesetze. In diesem Sinne bilden der codex und die Pandekten Justinians eine Kodifikation. Aus der neueren Zeit sind u. a. Kodifikationen: das allgem. Landrecht für die preuß. Staaten, sowie das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Als Novellengesetzgebung bezeichnet man Gesetze, welche einzelnes regeln und abändern, aber nicht den Zweck haben, eine Rechtsmaterie erschöpfend und ausschließlich zu behandeln.

Im corpus juris civilis ist hiervon keine Rede. Die Redaktoren — man nennt sie darum Kompilatoren — haben das bestehende Recht in der Form aufgenommen, welche ihm die klassischen Juristen in ihren Schriften, die römischen Kaiser in ihren Verordnungen gegeben hatten. Selbsttätigkeit haben die Verfasser des corpus juris civilis vorzugsweise in der Auswahl und in der Anpassung der überlieferten Aussprüche an die Verhältnisse ihrer Zeit entwickelt. Daraus entspringen die vielbewunderten Vorzüge und die vielgetadelten Mängel dieses Gesetzbuches.

Die Vorzüge liegen darin, daß uns hier das Recht in seiner Bewegung und Entwicklung entgegentritt, nicht in abstrakten Definitionen und Regeln. Es bildet sich an einzelnen Fällen, es gestaltet sich unter den Kontroversen der Juristen. Dem geschärften geistigen Blick eröffnen sich weite Perspektiven; Leben entsteigt den Fragmenten, wie sehr sie auch zum Teil in der Sammlung verstümmelt sind. Wir hören die eigenen Worte der großen Meister des Rechtes. Sie teilen uns ihre Zweifel, ihre Entscheidungsgründe mit. Wir arbeiten, wir denken mit ihnen.

Bei solcher Methode des Gesetzbuches war systematische Folge, leicht überschauliche Ordnung, volle Einheitlichkeit nicht zu gewinnen. Die Gliederung der Rechtssätze beschränkt sich auf ihre Rubrizierung unter verschiedene Titel, in den einzelnen Titeln erscheint aber vom systematischen Standpunkt aus betrachtet alles bunt durcheinander geworfen. Die Anordnung der in die Pandektentitel aufgenommenen Auszüge bestimmte sich danach, wie die juristischen Schriften, denen man sie entlehnte, behufs des Exzerpierens unter die einzelnen Abteilungen der Redaktionskommission verteilt waren;[3] in den Titeln des Kodex ergab sich die Reihenfolge der Verordnungen durch deren Datum. Kein einheitlicher Gedanke führt also von der einen Stelle zur andern. Im achtzehnten Jahrhundert war dies Gegenstand lebhaften Tadels. Die Gegenwart denkt hierüber unbefangener.[4]

§ 6. Gesamtausgaben des corpus juris civilis. Zitiermethode.

Die Gesamtausgaben des corpus juris civilis sind teils mit, teils ohne Kommentar.

---

3) Wie die Reihenfolge der Pandektenfragmente entstand, hat Bluhme nachgewiesen: Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandekten, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 4 u. 6. Siehe auch Krüger in der Pandektenausgabe von Mommsen 1880 vol. II additamenta p. 50ff. Die Kompilatoren exzerpierten nämlich getrennt drei Massen von Büchern: die Sabinusmasse (S.), die Ediktsmasse (E.), die Papinianusmasse (P.) genannt, wozu noch ein Nachtrag — appendix (A.) — kam. Gegen Bluhme neuerdings Franz Hofmann, die Kompilation der Digesten Justinians 1900. Daß seine Ausführungen verfehlt sind, weisen nach: Mommsen, Zeitschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 22 S. 1, Krüger das. S. 12.

4) Unter allen „Fehlern" — vitia —, welche man seit dem 17. Jahrhundert dem corpus juris civilis vorwarf, erschien dieser als der schwerste. Eine Abhilfe unternahm Pothier: Pandectae justinianae in novum ordinem digestae, 3 Bände 1748.

1. Den umfassendsten Kommentar gibt die Accursische Glosse, welche im 13. Jahrhundert zusammengestellt ist.

Die glossierten Manuskripte und Drucke zerfallen in 5 Bände:

a) Digestum vetus, d. h. die Pandekten bis einschließlich Buch 24 Titel 2;

b) Infortiatum, bildet die Fortsetzung bis zum Ende des Buches 38. Das Schlußstück dieses Bandes heißt tres partes — nach den mitten im Texte des l. 82 § 2 D. ad legem Falcidiam 35, 2 vorkommenden Worten „tres partes“;

c) Digestum novum, d. h. die Pandekten von Buch 39 ab;

d) Codex, d. h. dessen 9 erste Bücher;

e) Volumen, d. h. die 3 letzten Bücher des Codex, die Novellen und die Institutionen.[1]

Einen kürzeren fortlaufenden Kommentar gibt die Ausgabe von Dionysius Gothofredus, welche zuerst im Jahre 1583 erschien und seitdem aufgelegt wurde. Sie führte für das justinianische Rechtsbuch den Namen corpus juris civilis ein, welcher seitdem allgemein im Gebrauch blieb. Der Wert des Kommentars von Gothofredus liegt in der Aufführung der Parallelstellen, d. h. gleichartiger oder verwandter Aussprüche, und der Antinomien, d. h. der widersprechenden Gesetze. Denn erst durch solche Vergleichung wird die einzelne Stelle in das rechte Licht gerückt.

2. Unter den Ausgaben ohne Kommentar ist sehr verbreitet die von den Gebrüdern Kriegel, in welcher diese die Pandekten, Herrmann den Kodex, Osenbrüggen die Novellen herausgaben.

Am korrektesten geben den Text Mommsen, Krüger und Schoell, 1877 ff. wieder, und zwar hat Mommsen die Pandekten, Krüger die Institutionen und den Kodex, Schoell die Novellen bearbeitet.

Nach der letzteren Ausgabe wird in unserem Werke zitiert.

Die herkömmliche Zitiermethode veranschaulichen folgende Beispiele:

1) pr. J. de legatis 2, 20.

Das „J“ bedeutet Justinians Institutionen,

Es sind hier unter der Aufschrift der Pandektentitel die hauptsächlichen in deren Materie einschlägigen Stellen in systematischer Ordnung aufgeführt. Das Werk ist zu empfehlen für Fälle, in denen man sich aus den Quellen über eine bestimmte Lehre vorläufig orientieren will.

1) Die Ansichten gehen darüber auseinander, ob die Einteilung der Pandekten in vetus, infortiatum und novum auf Erfindung beruht, oder im Zufall ihre Veranlassung hat. Die erste Ansicht unterstellt einen Aberwitz schlimmster Art. Auch sprechen die Namen der drei Teile gegen sie. Das Wahrscheinliche ist, daß das Urexemplar der Vulgathandschriften nur bis zu den Worten tres partes reichte, was man sich durch eine zufällige Vernichtung der letzten Teile der Handschrift erklären kann. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß diese Handschrift auf einer Abschrift der Florentina beruhte. Irgendein Besitzer hat dann das Exemplar durch eine neue Abschrift der Florentina ergänzt, indem er den zweiten Teil durch das Stück von tres partes an verstärkte und den dritten Teil als Digestum novum zufügte. Siehe Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 S. 429 und praefatio der Digesta LXXII. Vgl. auch Scheurl Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 12 S. 143 ff.

die folgende „2" zeigt auf deren zweites Buch,
die „20" auf den zwanzigsten Titel des Buches mit der Überschrift „de legatis".

Endlich hat man in diesem Titel den ersten Satz — pr. — aufzusuchen, um die zitierte Stelle zu finden.

Pr. = principium ist nämlich in Institutionen, Pandekten, Kodex der Einleitungsparagraph; die folgenden Paragraphen werden als §§ 1, 2 usw. bezeichnet.

2) **l. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.**
Das „D" bezeichnet die Digesten oder Pandekten,
die „8" zitiert das achte Buch dieses Werkes,
die „3" den dritten Teil dieses Buches.
In diesem Titel ist die dreiundzwanzigste lex = l. zu finden, d. h. das dreiundzwanzigste in dem Titel aufgenommene Bruchstück. Der § 2 dieser lex ist die aufzusuchende Stelle.

3) **l. 15 pr. C. de testamentis 6, 23.**
Das „C" bezeichnet den Kodex von Justinian,
die „6" das sechste Buch dieses Kodex,
die „23" den dreiundzwanzigsten Titel dieses Buches,
die vorgestellte Zahl „15" die fünfzehnte Verordnung, deren erster Satz — als pr. bezeichnet — die gesuchte Stelle ist.[2 3]

4) Die Novellen zitiert man wie moderne Bücher: **nov. 118 cap. 1.**

§ 7. 1. Die Institutionen.

Bis Justinian dienten die Institutionen des Gajus teils in ihrer ursprünglichen Gestalt, teils in Umarbeitungen der Einführung der studierenden

2) Des weiteren ist folgendes zu bemerken: a) Buch 30, 31 und 32 der Pandekten über die Vermächtnisse zerfallen nicht in Titel: man zitiert D. de legatis I, II, III. — b) Enthält ein Titel nur eine lex, so zitiert man l. un. = lex unica. — c) Handelt es sich um eine vorher zitierte Stelle, so schreibt man l. cit. = lex citata. — d) Zitiert man den Titel, welcher die besprochene Lehre ex professo behandelt, so schreibt man oft h. t. = hujus tituli. — e) Zitiert man eine l. aus einem Titel, den man eben anführte, so schreibt man oft eod., z. B. l. 6 D. eod. — f) Zieht man aus einer Stelle nur eine Schlußfolgerung, so schreibt man oft arg. = argumento.

3) Die Zitiermethode des Textes ist die derzeit herrschende. Es finden sich aber auch bei den Neueren mancherlei Abweichungen. a) Einige zitierten die Pandektenstellen statt l. = lex mit fr. = fragmentum, und die Kodexstellen statt l. mit c. = constitutio. — b) Einige zitierten die Titelüberschrift ohne Hinzufügung der Zahl des bezüglichen Buches und Titels, z. B. l. 1 D. de rei vindicatione. Man verläßt sich darauf, daß jeder Leser weiß, daß es sich um Titel 1 des 6. Buches der Pandekten handele. Ein Verzeichnis der Titelüberschriften der Institutionen, der Pandekten und des Kodex fehlt zudem nur in wenigen Ausgaben. In der Ausgabe von Mommsen findet es sich unmittelbar nach dem Titelblatt des ersten Bandes. Manche zitieren die Titel bloß mit Zahlen, z. B. l. 1 D. 6, 1, was wenig zweckmäßig ist. — c) Einige verlassen die hergebrachte Weise, die gesuchte lex bei der Zitation vorzustellen, und zitieren nach der Ordnung, wie man aufschlägt, z. B. D. de rei vindicatione 6, 1 l. 1 statt l. 1 D. de rei vindicatione 6, 1. — Die Glossatoren zitieren in anderer Weise als die Neueren, was zum Teil mit dem Mangel einer feststehenden Zählung der leges und Paragraphen zusammenhängt. Über die Zitiermethode der Glossatoren vgl. Thibaut, zivilistische Abhandlungen, Abh. 10 „Über die Arten, das Corpus juris Romani zu zitieren".

Jugend in die Rechtswissenschaft.[1] Justinian setzte an deren Stelle kaiserliche Institutionen. Für diese Institutionen bildete das Lehrbuch des Gajus die Grundlage;[2] sie wurden aber aus anderen Büchern klassischer römischer Juristen vervollständigt, veraltete Materialien wurden ausgeschieden und auch Übersichten wichtiger Konstitutionen Justinians aufgenommen.[3]

Der Zweck der Institutionen Justinians war eine gedrängte Darstellung der Elemente des geltenden Rechts. In erster Linie Lehrbuch, sind sie zugleich Gesetzbuch und als solches traten sie gleichzeitig mit den Pandekten in Kraft.

Die systematische Gliederung der Institutionen von Justinian, wie von Gajus, beruht auf der Anschauung, daß sich alles Recht entweder beziehe auf personae — Lehre von den Rechtssubjekten — oder auf res — Lehre von den Vermögensrechten — oder auf actiones — Lehre von den Klagerechten.[4]

Die Institutionen Justinians zerfallen in vier Bücher, die Bücher in Titel mit besonderen Überschriften.

Von dürftigen Fragmenten abgesehen, sind die Institutionenhandschriften nicht alt. Zwei reichen in das 9. oder 10. Jahrhundert, die anderen nur in die Glossatorenzeit zurück.[5]

Um den Text hat sich Krüger verdient gemacht. Einen reichen und belehrenden Kommentar gibt die Institutionenausgabe von Schrader 1833.

§ 8. 2. Die Pandekten.

Den Kern des justinianischen Gesetzeswerkes bilden die Pandekten. Sie wurden durch die constitutio „Deo auctore" vom 15. Dezember 530 vorbereitet, welche die Einsetzung einer Kommission unter Tribonians Vorsitz zu ihrer Abfassung anordnete. Am 16. Dezember 533 erfolgte die Publikation der Pandekten durch die Konstitutionen „Tanta" und „Δέδωκεν" und unter demselben Datum durch die Konstitution „Omnem reipublicae"

1) Vgl. Dernburg, die Institutionen des Gajus 1869; siehe auch die italienische Bearbeitung dieses Buches von Felice Cattaneo. Pavia 1881. — Über die Hypothese von Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 12, wonach Gajus Rechtslehrer in Troas war, vgl. Wlassak, Prozeßgesetze Bd. 2 Vorrede II und S. 225 und namentlich Longinescu, Cajus der Rechtsgelehrte S. 3, Berl. Inaug.-Diss. 1896. Gegen den letztgenannten Herzen, Zeitschr. d. Sav. Stiftg., rom. Abt. Bd. 20 S. 211, vgl. Velsen das. Bd. 21 S. 73. Siehe auch Kübler ad Gajus in Paulys Realenzyklopädie.

2) Das Verhältnis der Institutionen Justinians und des Gajus stellt vor Augen Gneist, syntagma institutionum 1858, in zweiter Auflage 1880.

3) Über die Entstehung der Institutionen Justinians gibt deren prooemium Auskunft. Die Redaktoren waren hiernach Tribonian und die Professoren Theophilus und Dorotheus. Man nimmt an, daß Dorotheus die beiden ersten, Theophilus die beiden letzten Bücher ausgearbeitet, Tribonian aber die Gesamtleitung gehabt habe. Grupe, de Justiniani institutionum compositione 1884. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 1015. Vgl. aber auch Krüger a. a. O. S. 341. Ferrini, de inst. compositione, Ztschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 11 S. 106.

4) § 12 J. de jure nat. 1, 2. Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones; vgl. Gaj. Inst. I § 8.

5) Vgl. die Vorrede von Krüger zu seiner Institutionenausgabe.

ihre Mitteilung an die Rechtslehrer. Am 30. Dezember 533 traten sie im Reiche Justinians in Kraft.

In 50 Büchern, welche in Titel zerlegt sind, enthalten die Pandekten Auszüge aus Schriften von 39 römischen Juristen, die vorzugsweise der heidnischen Kaiserzeit angehören. Die Auszüge tragen den Namen des Verfassers und des Werkes, dem sie entnommen sind, an der Spitze. Man pflegt sie Gesetze — leges — zu nennen.

Manche Neuere sprechen anstatt dessen von Fragmenten. In der Tat haben diese Ausführungen wenig von Gesetzen im modernen Sinne an sich. Es sind wissenschaftliche Erörterungen, welche diesen Charakter dadurch nicht verlieren konnten, daß sie Justinian für Gesetze erklärte.[1] Wie die Institutionen, so sollten auch die Pandekten nicht bloß als Gesetz, sondern auch als Lehrbuch benutzt werden.

Was den Text anlangt, so ist hervorzuheben:[2] [3]

a) Als wichtigste Handschrift gilt die lange Zeit Pisa angehörende, später durch Florenz gewonnene Florentina, früher Pisana genannt.[4]

Diese nahezu vollständige Handschrift ist zwar nicht, wie Ältere vermeinten, das Handexemplar Justinians, aber doch zu Anfang des 7. Jahrhunderts zu Byzanz verfertigt. Sie gibt zum Teil eine doppelte Rezension, nämlich die Rezension desjenigen Manuskriptes, welches der Abschrift zugrunde lag und nach welchem sie ein erster Korrektor revidierte, und die Rezension einer jüngeren Handschrift, nach welcher ein zweiter Korrektor verbesserte. In der Regel muß die zweite Textrezension, als eine modernisierte, der ersteren nachstehen.[5]

Außer der Florentina haben sich Bruchstücke sehr alter Handschriften erhalten, die Neapolitaner und die Pommersfelder Fragmente, beide geringen Umfanges.

b) Man zählt ferner zahlreiche sogenannte Vulgathandschriften, welche in der Zeit der Glossatoren und später niedergeschrieben sind. Nach Mommsens Ansicht gibt es deren an die fünfhundert.[6]

1) Lenel — Palingenesia juris civilis 2 Bde. 1889 — machte den Versuch, die uns überlieferten Fragmente der klassischen Rechtslehrer nach den Schriften, aus denen sie stammen, zu ordnen. Vgl. Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander 2. Aufl. 1908.

2) Die vollkommenste Pandektenausgabe ist die von Th. Mommsen Digesta Justiniani Augusti 1870 2 Bde. mit einer höchst belehrenden Vorrede.

3) Mommsen, Über die kritische Grundlage unseres Digestentextes in Bekker und Muthers Jahrbuch Bd. 5 S. 18, und dann in der Vorrede zu seiner Digestenausgabe. Vgl. auch Zachariä von Lingenthal in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 10 S. 165. Über Handschriften und Ausgaben des corpus juris ist auch die Darstellung von Brinz, Pandekten Bd. 1 § 3 ff. zu vergleichen.

4) Die Pisaner erbeuteten einer alten Nachricht zufolge die Handschrift bei der Eroberung von Amalfi im Jahre 1135, siehe Pernice in der Zeitschr. d. Sav.-Stiftg., rom. Abt. Bd. 6 S. 300. Nach Buonamici archivio giuridico Bd. 46 brachte sie Burgundio direkt von Konstantinopel nach Pisa; die Florentiner nahmen sie Pisa nach dessen Eroberung im Anfang des 15. Jahrhunderts weg.

5) Das Nähere siehe bei Mommsen, Vorrede a. a. O. LIV ff., vgl. auch Zachariä a. a. O. S. 172.

6) Mommsen, Vorrede S. XXXXV „sit tria volumina seorsum computamus".

Über das Verhältnis dieser Vulgathandschriften zur Florentina bestanden früher Zweifel. Ihre Abhängigkeit von der Florentina ist sicher, denn die Vulgathandschriften haben zahlreiche Fehler aus der Florentina übernommen, und sogar sämtliche Unordnungen, welche durch Verheftung von Blättern der Florentina entstanden, getreulich kopiert. Andererseits enthalten die Vulgathandschriften unzweifelhaft echte Ergänzungen der Florentina. Die Handschrift, von der sie stammen, — dahin hat Mommsen den Sachverhalt aufgeklärt —, beruhte auf der Florentina, wurde aber bei einer Revision aus einer anderen, nunmehr verlorenen Handschrift ergänzt, verbessert, hie und da verschlechtert.[7] Demnach haben die Vulgathandschriften der Florentina gegenüber nur insoweit Bedeutung, als sie eine Ergänzung oder Verbesserung aus anderer Quelle erkennen lassen.

c) Sehr untergeordneten Wert hat die lectio Haloandrina, d. h. die Lesart Haloanders in seiner Pandektenausgabe von 1529. Denn das Bestreben Haloanders war nach dem Bedürfnis seiner Zeit vorzugsweise auf einen möglichst lesbaren Text gerichtet, so daß er sich an seine handschriftlichen Vorlagen nicht band.[8]

d) Das wichtigste Hilfsmittel für die Rekonstruierung des echten Textes der Pandekten sind neben der Florentina die griechischen nachjustinianischen Rechtsquellen, insbesondere der Text der Basiliken. Stimmen Basiliken und Florentina überein, so ist die Lesart regelmäßig unanfechtbar. Wir sind nicht befugt, sie um deswillen zu ändern, weil uns das Ergebnis als ein unzweckmäßiges erscheint, oder weil es singulär, von allgemeinen Grundsätzen abweichend ist.[9]

---

7) Nach Mommsen haben alle Vulgathandschriften ihre Quelle in einer Abschrift der Florentina etwa aus dem 11. Jahrhundert. Mommsen bezeichnet sie mit S. Diese Handschrift sei dann an einigen Stellen aus einer anderen alten, von der Florentina verschiedenen Handschrift emendiert worden, vgl. S. LXX der Vorrede der Digesta von Mommsen. Siehe übrigens auch oben § 6 Anm. 1.

8) Das Verfahren von Haloander bei Herausgabe der Pandekten schildert eingehend Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 189.

9) Ein Beispiel gibt die l. 7 § 2 D. de distr. pign. 20, 5 von Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Nach der Lesart der Florentina, mit welcher die Basiliken übereinstimmen, wird dort ein Vertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, wonach der letztere die Pfandsache nicht veräußern darf, für gültig, der zuwiderlaufende Verkauf für nichtig erklärt. In anderen Fällen haben aber vertragsmäßige Veräußerungsverbote nach römischem Rechte eine derartige dingliche Wirkung nicht. Deshalb modelt man die l. 7 § 1 cit. sehr häufig um. Mommsen schiebt zwischen nullam und venditionem ein „nec impediendam esse". Andere helfen anders. Uns scheint jede Änderung unberechtigt. Einen Kopistenfehler nimmt Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 68 an. Derselbe sei sehr alt und in verschiedene Handschriften übergegangen. Wer bürgt uns dann dafür, daß er, wenn wirklich vorhanden, nicht älter ist, als die Kompilation Justinians, und daß nicht die Kompilatoren den Satz, wie er uns vorliegt, mit dem Bewußtsein seiner Besonderheit aufnahmen? Können nicht die Kompilatoren selbst den Fehler, d. h. die Abweichung von den regelmäßigen Grundsätzen, verbrochen und eine Singularität eingeführt haben? Mit Möglichkeiten verliert man den festen Boden, welchen der handschriftlich beglaubigte Text allein angibt. Vgl. auch Herm. Bickell, de interpretatione fragmenti 7 § 2 de distr. pign. Marb. Inaug.-Diss. 1868.

§ 9. 3. Der codex constitutionum.

1. Justinian gelangte im Jahre 527 zur Regierung. Bereits im folgenden Jahre erließ er in der const. „Haec quae necessario" den Befehl zur Herstellung eines codex, in welchem alle für die Praxis wichtigen Verordnungen römischer Kaiser aufgenommen werden sollten. Die const. „Summa reipublicae" vom April 529 publizierte das rasch vollendete Werk.

Nach der Abfassung der Pandekten schien eine vermehrte und verbesserte Auflage, ein „codex repetitae praelectionis" nötig. Derselbe wurde durch die const. „Cordi nobis" vom 29. Dezember 534 ab in Kraft gesetzt. Er ist durch die Verordnungen vermehrt, welche Justinian während der Abfassung der Pandekten erlassen hatte. Zu diesen gehörten 50 Entscheidungen von Kontroversen klassischer Juristen, die „quinquaginta decisiones".

Der zweite Kodex allein ist erhalten; er zerfällt in 12 Bücher, jedes Buch in Titel. Die Titel enthalten Konstitutionen mit Aufschrift und Unterschrift. Die ältesten aufgenommenen Verordnungen stammen von Hadrian. Die Konstitutionen sind überwiegend in lateinischer Sprache erlassen. Einige jedoch waren griechisch abgefaßt. Sie verloren sich in den Handschriften, welche man im Abendlande zur Zeit des Mittelalters veranstaltete. Erst im 16. Jahrhundert wurden sie aus griechischen Quellen ihrem Sinne nach hergestellt und in die Kodexausgaben aufgenommen — leges restitutae.[1]

2. Die im Kodex gesammelten Verordnungen sind nur zum kleineren Teile Gesetze im modernen Sinne; die meisten Konstitutionen waren kaiserliche *Reskripte*, d. h. Entscheidungen von in der Praxis verhandelten Rechtssachen auf Anfragen. Die Anfragen selbst sind nicht mehr vorhanden und damit fehlt ein wesentliches Moment zur Beurteilung der Tragweite der Antwort, obgleich diese meist die wichtigsten Punkte der Anfrage rekapituliert.

3. In welchem Verhältnis der *Kodex* zu den *Pandekten und zu den Institutionen* steht, war von jeher bestritten. Viele geben dem *Kodex* als dem — in seiner zweiten Ausgabe — *später publizierten Gesetze* den Vorzug. Dies ist aber nicht richtig. Nach dem Willen Justinians sollten vielmehr Institutionen, Pandekten und Kodex als *ein* Werk gelten, dessen einzelne Teile nur aus äußeren Gründen zu verschiedenen Zeiten fertig gestellt und publiziert wurden. Ausdrücklich erklärt Justinian in der const. tanta bei Einführung der Pandekten, das ganze römische Recht liege in den drei volumina der Institutionen, Pandekten und des Kodex abgeschlossen vor; die Institutionen und Pandekten sollten gelten „una cum nostris constitutionibus". Allerdings hat man hiergegen hervorgehoben, diese bei der Einführung der Pandekten im Jahre 533 abgegebene Erklärung beziehe sich bloß auf das Verhältnis der Institutionen und Pandekten zu dem *alten*, nicht auf uns gekommenen Kodex, nicht aber auf ihr Verhältnis zum *neuen* Kodex vom Jahre 534.[2] Aber dieser Einwand würdigt

1) Witte, die leges restitutae des justinianischen Kodex 1830.
2) Dies ist die Argumentation von Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 118.

nicht, daß die const. tanta, in welcher sich die angeführte Erklärung Justinians findet, in den neuen Kodex aufgenommen ist und einen Bestandteil desselben bildet. In diesem Zusammenhange bezieht sie sich gerade auf den neuen Kodex und nur auf ihn.[3] Diejenigen Verordnungen jedoch, welche nach der Publikation der Institutionen und der Pandekten veröffentlicht wurden und dem älteren Recht widersprachen, haben dasselbe abgeändert.

4. Unter den Kodexhandschriften nimmt den ersten Platz der Veroneser Palimpsest ein, an Alter der Florentina ebenbürtig, aber nur lückenhaft erhalten. Die Handschriften der ersten neun Bücher, die in das 11. Jahrhundert hinaufreichen, beruhen auf einem seinerzeit verbreiteten Auszuge, welcher später aus einem vollständigen Exemplar ergänzt wurde. Die erhaltenen Handschriften der letzten drei Bücher sind erheblich jünger.[4] Den Kodexausgaben widmeten sich von Älteren Haloander, welcher zum Teile eine selbständige Handschrift besserer Art — den codex Egnatianus — benutzte,[5] dann Contius, in neuerer Zeit Herrmann in der Ausgabe des corpus juris von Kriegel. Sie alle hat die Ausgabe von Krüger 1873 ff. in Schatten gestellt.[6]

§ 10. 4. Die Novellen.[1]

I. Die Novellen — novellae constitutiones — sind Verordnungen, welche Justinian nach Publikation des zweiten Kodex erließ. Die älteste — nov. 1 — ist am 1. Januar 535, die jüngste — nov. 137 — kurz vor dem im Jahre 565 erfolgten Tode Justinians publiziert.

Viele Novellen haben nur ein geschichtliches Interesse. Sie beziehen sich auf kirchliche Zustände und die Verfassung des byzantinischen Reiches, sowie auf lokale Einrichtungen desselben. Einige Novellen aber sind von einschneidender Wichtigkeit; dies gilt vor allem von der Nov. 118, welche die Intestaterbfolge der Verwandten neu regelte, wie auch von der Nov. 115 über das Noterbenrecht der Deszendenten und der Aszendenten.

Die meisten Novellen wurden in griechischer Sprache abgefaßt, nur wenige in lateinischer.

Eine offizielle Sammlung seiner Novellen hat Justinian nicht herausgegeben.

---

3) Dieselbe Argumentation bei Adolf Schmidt, Leipziger Programm 1881 über Gewohnheitsrecht S. 23. Das gleiche Resultat gewinnen aus anderen Gründen Thibaut, zivil. Abhandlungen 1814 Abh. 6, Savigny, System Bd. 1 S. 271.

4) Über Handschriften und Ausgaben orientiert Paul Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867; vgl. hierzu denselben, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 1 ff., Bd. 11 S. 166, ferner Krüger, Quellen S. 377.

5) Der codex Egnatianus reichte vom 4. Titel des 1. Buchs bis zum 44. Titel des 9. Buchs; im 4. Buch fehlte der größte Teil, das 7. Buch fehlte fast ganz. Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 194.

6) Krüger hat den codex Justinianus 1873 herausgegeben. Er hat denselben dann auch im corpus juris von Mommsen ediert.

1) F. A. Biener, Geschichte der Novellen Justinians 1824.

II. Hinsichtlich der Überlieferung ist hervorzuheben:

1. Im früheren Mittelalter benutzte man in Italien die sog. epitome Juliani, einen lateinischen Auszug aus 124 Novellen Justinians, welchen der Professor Julian zu Konstantinopel um das Jahr 556 verfertigte.[2]

2. Im 12. Jahrhundert lernte man in Italien das sog. Authenticum kennen, eine Sammlung von 134 Novellen. Sie gab den Originaltext der lateinisch erlassenen Novellen und eine lateinische Übersetzung der griechischen Novellen Justinians. Die Übersetzung ist eine wörtliche, zum Teile stümperhaft, hie und da unverständlich. Sie wurde wahrscheinlich in Italien zu Ende des Jahres 556 auf Justinians Anordnung offiziell verfaßt. Daher der Name Authenticum.[3] Man bezeichnet diese Sammlung auch als Vulgata.

Die Glossatoren verfertigten Auszüge, sog. authenticae, welche sie in den Kodex je an den bezüglichen Ort einfügten.[4]

3. Eine andere Sammlung von 168 Novellen wurde seit dem 16. Jahrhundert im Okzident allgemein bekannt. Sie stammt aus der Zeit von Tiberius II. (578—582) und enthält größtenteils Verordnungen Justinians, aber auch Zutaten. Die Sammlung ist durchweg griechisch. Novellen Justinians, deren Original lateinisch war, sind hier in das Griechische übertragen.[5]

Mittels der beiden Sammlungen kennen wir 165 justinianische Novellen.[6] Die Lesart des Authenticum ist nicht, wie manche annehmen, als die gemeinrechtlich entscheidende anzusehen.[7] Vielmehr ist der justinianische Text maßgebend. Für die griechisch erlassenen Novellen ist daher die griechische Sammlung zugrunde zu legen. Gewohnheitsrechtliche Bildungen, die sich an den Text des Authenticum anschlossen, haben natürlich volle Geltung.

---

2) Welchen Titel der Autor dem Werke gab, ist unbekannt. Handschriftlich findet sich als Titel: Constitutiones novellae Justiniani de graeco in latinum translatae per Julianum virum eloquentissimum antecessorem civitatis Constantinopolitanae.

3) Dies hat Zachariae ausgeführt: Zur Geschichte des Authenticum und der epitome novellarum des antecessor Julianus; Sitzungsberichte der preußischen Akademie der Wissenschaften 1882 XLV. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 1021 teilt diese Hypothese. Vgl. auch Breßlau in der Zeitschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 6 S. 250. Gegner ist Krüger, Quellen S. 356. Conrat, Gesch. d. Quellen S. 133.

4) Im corpus juris von Mommsen und Krüger sind diese Authentiken aus dem Texte des Kodex hinausgewiesen; sie finden sich im appendix II des Kodex verzeichnet.

5) Zuerst gab den griechischen Text der Novellen nach dieser Handschrift Haloander heraus. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 197. Dort findet sich S. 206 die Angabe der nächstfolgenden Ausgaben. Die neueren Auflagen sind von Osenbrüggen, oben § 6 Ziff. 2 Abs. 1, Zachariä 2. Bde. 1881 und von Schöll, oben § 6 Ziff. 2 Abs. 2.

6) Glossiert sind 96 Novellen. In der Ausgabe von Osenbrüggen sind die glossierten durch Gl. ausgezeichnet.

7) Manche legen bei den Novellen den Text des Authenticum als den angeblich rezipierten zugrunde, vgl. Osenbrüggen in Lindes Zeitschr. Bd. 17 Nr. 11. Daß die Regel „quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum“ dies nicht begründen kann, darüber vgl. oben § 3 Ziff. 3.

Zweites Kapitel.

Literatur des römischen Rechts.[1]

§ 11. Die zivilistische Literatur bis zum 18. Jahrhundert.

Zwei entgegengesetzte Richtungen machen sich in der zivilistischen Literatur, welche das römische Recht behandelt, geltend. Der einen ist es vor allem darum zu tun, in den Sinn des justinianischen Rechtsbuches einzudringen. Sie setzt alle Kraft daran, das Dunkel, welches auf so vielen Teilen dieser merkwürdigen Urkunde liegt, zu erhellen, die in ihr niedergelegten Rechtsgedanken zu enthüllen. Da aber die Jurisprudenz eine praktische Wissenschaft ist, so tritt nach jeder Periode intensiver Vertiefung in die Quellen das Bestreben hervor, die in dem gelehrten Studium geübte und gestählte juristische Urteilskraft an der Praxis zu bewähren und die gefundenen Rechtswahrheiten im Leben zu verwerten. Das selbständige Studium der röm. Quellen wird dann vernachlässigt, bis neue Impulse wieder zu ihm hinführen.

Die Literaturepochen, zu denen wir uns zunächst wenden, der Glossatoren einerseits, der Postglossatoren andererseits, dann der Humanisten und endlich der deutschen Praktiker, lassen diesen Gegensatz klar hervortreten.

1. Ein ernstes, folgerechtes und nachhaltiges Studium widmeten dem justinianischen Rechtsbuch zuerst im Okzident die Glossatoren.[2 3]

Die Glossatoren, die Lehrer des römischen Rechts zu Bologna vom Beginn des 12. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, gründeten eine

---

1) Einen Versuch der zivilistischen Literaturgeschichte enthält der 6. Band des Lehrbuchs eines zivilistischen Kursus von Hugo 3. Aufl. 1830.

2) In den letzten Dezennien haben sich verschiedene Schriftsteller, insbesondere Fitting, Ficker, Conrat, mit der Aufhellung des Rechtsbetriebes vor der Glossatorenschule befaßt. Über die Resultate orientiert am besten Fitting in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 7 S. 1 und in: die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna 1888. Daß die Lehre und sogar eine literarische Behandlung des römischen Rechts auch nach dem Untergange des Römerreichs stets und zu allen Zeiten des Mittelalters fortbestand, weist er in eingehender und interessanter Weise nach, freilich die Leistungen des früheren Mittelalters dem Werte nach wohl überschätzend. Vgl. ferner Conrat, Geschichte der Quellen und Literatur d. röm. Rechts im früheren Mittelalter 1. Bd. 1888 ff. Dazu L. Seuffert, Zeitschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 13 S. 366. Jacques Flach, études critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge Paris 1890 und hierzu Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 11 rom. Abt. S. 326. Unter den Schriftdenkmalen ist das erheblichste Petri exceptiones legum Romanorum, nach den neueren Forschungen dem Ravennatischen Rechtslehrer Petrus angehörig und nicht lange vor 1050 verfaßt; siehe Fitting, Anfänge S. 60, sowie der Brachylogus juris civilis oder corpus legum, welchen Fitting — die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus 1880 — Orleans zuweist und um das Jahr 1100 setzt. Ein eingehenderes Studium des corpus juris civilis war dieser früheren Epoche fremd.

3) Über die Glossatoren ist vorzugsweise zu vergleichen: Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd. 3—5. Dies Werk erschien in 1. Aufl. 1815—1831, in 2. Aufl. 1834—1851. Siehe auch Landsberg, die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum 1883 S. 11 ff., sowie Fitting, Anfänge a. a. O. S. 78 ff.

Rechtsschule, deren Ruf bald über Italien hinausging und die von Studierenden aus vielen Teilen Europas, insbesondere auch aus Deutschland besucht wurde. In den Schriften der Glossatoren konzentrierte sich die gelehrte Rechtswissenschaft der Zeit. Aber noch in den folgenden Jahrhunderten behaupteten sie hohes Ansehen und bilden selbst heute eine Grundlage der zivilistischen Wissenschaft.

Die Wege wies der Schule Irnerius im Beginn des 12. Jahrhunderts.[4] Um die Mitte desselben Jahrhunderts genossen seine Schüler, die „quatuor doctores", hohe Ehre. Es waren dies einmal Bulgarus — os aureum —, zweitens Martinus — copia legum —, welche in Politik und Jurisprudenz scharfe Gegner waren, drittens Jacobus, viertens Hugo. In den Beginn des 13. Jahrhunderts fällt die glänzende Wirksamkeit von Azo als Lehrer und Schriftsteller. Die Reihe der Glossatoren schließt um die Mitte des 13. Jahrh. Accursius der Ältere.

Die Glossatoren sind unerreicht in der Kenntnis des corpus juris, dessen Studium sie sich voll und ausschließlich widmeten. Ihre Vorlesungen und Schriften waren vorzugsweise exegetische, indem sie Stelle für Stelle nach der Ordnung im Gesetzbuch — der Legalordnung — kurz durch Glossen erläuterten. Sie trugen die verwandten Stellen — die Parallelstellen — zur Erklärung zusammen und merkten die sich widerstreitenden — die Antinomien — an. Zur Ausgleichung der Widersprüche ersannen sie mannigfache Vereinigungen. Viele der Kontroversen, welche noch heute die Juristen beschäftigen, wurden bereits von den Glossatoren verhandelt, so daß sie den Grund der verschiedenen Meinungen legten. Ihr Scharfsinn ist bewundernswert. Nur ein unentbehrliches Element des vollen Verständnisses der römischen Rechtsquellen fehlte ihnen, nämlich Einsicht in die geschichtlichen Beziehungen des römischen Altertums.

Die Glossen seiner Vorgänger sowie die von ihm selbst ersonnenen von minderem Wert stellte Accursius zusammen. Diese Arbeit, die gl. ordinaria, hat der Nachwelt vorzugsweise die Ergebnisse des Fleißes der Glossatoren übermittelt.[5]

2. Es folgten die Postglossatoren, auch Kommentatoren, Konsiliatoren genannt. Die Glosse schien erschöpft zu haben, was für das Verständnis des justinianischen Rechts durch die Forschung zu gewinnen war. Es galt nun, in Italien die errungenen Geistesschätze für den blühenden Verkehr des späteren Mittelalters nutzbar zu machen. Darum war man darauf bedacht, die römischen Rechtssätze derart zu gestalten und umzubilden, daß sie den Bedürfnissen der Zeit entsprachen. Noch immer

4) Pescatore, die Glossen des Irnerius 1888, Fitting, Summa Codicis des Irnerius 1894 und Quaestiones de juris subtilitatibus des Irnerius 1894.

5) Die Glossatoren haben außer den Glossen auch anderes geschrieben, so namentlich summae, vorzugsweise nach der Ordnung des Codex. Vor allem war hochberühmt und wurde auch später gedruckt die summa des Azo ad Codicem. Sammlungen von Kontroversen der Glossatoren enthält G. Hänel, dissensiones dominorum, Leipzig 1834.

lehrte und schrieb man im Anschluß an die Legalordnung. Doch handelte es sich weniger um Exegese der Stellen, als um Anknüpfung praktischer Rechtsgrundsätze an den Text. Leider machte sich hierbei der scholastische Geist des späteren Mittelalters in unerfreulicher Weise geltend. Man häufte die Unterscheidungen — Distinktionen —, man stellte Regeln auf, die man durch zahllose Erweiterungen — Ampliationen — ergänzte, man verfiel in unerträgliche Weitschweifigkeit.

Dem Ende des 13. Jahrhunderts gehört noch an Wilhelm Durantis, dessen speculum juris der Praxis bestimmt und höchst dienlich war. Bis Mitte des 14. Jahrhunderts wirkte Bartolus de Saſſoferrato, ein selbständiger wahrhaft produktiver Geist, welcher das Größte leistete, obgleich er das 50. Lebensjahr nicht erreichte. Neben ihn trat Baldus de Ubaldis; wenig jünger als Bartolus erlebte er noch den Beginn des 15. Jahrhunderts. In der zweiten Hälfte des 15. und zu Anfang des 16. Jahrhunderts war in alter Weise mit Erfolg Jaſon Mainus tätig.

3. Die franzöſiſche hiſtoriſche Schule des 16. Jahrhunderts wendete sich wieder dem selbständigen Studium der Quellen zu. Die Renaissance und der Humanismus erweckten seit dem Ausgang des Mittelalters neues Leben in der Jurisprudenz. Die historischen und philosophischen Kenntnisse, welche man inzwischen errungen hatte, gaben reiche Mittel zum besseren Verständnis der Rechtsquellen.

Den großen Zivilisten Frankreichs gehören Duarenus, Balduinus,[6] Briſſonius an. Im Vordergrund aller stehen Jacobus Cujacius und Hugo Donellus. Cujacius war eleganter Philolog, Historiker, Exegetiker. Seine observationes enthalten eine Fülle interessanter geschichtlicher Bemerkungen. Er gab bis dahin nicht bekannte Schriften des vorjustinianischen Rechts heraus. In vielbesuchten Vorlesungen erklärte er die Werke der klassischen großen Juristen Roms, soweit sie sich aus den im corpus juris zerstreuten Fragmenten zusammenstellen ließen. Die Erklärungen des Cujacius sind noch heute zum Verständnis der vielfach dunkeln Entscheidungen Papinians unentbehrlich. Von besonderer Bedeutung ist der Traktat des Cujacius zu Afrikanus.[7] Zeitgenosse, Nebenbuhler und wissenschaftlicher Gegner des Cujacius war Hugo Donellus. Auch er konzentrierte seine wissenschaftliche Kraft auf das reine

---

6) Von Franz Balduins Leben und Schriften handelt Johann Friedrich Jugler, Beiträge zur juristischen Biographie Bd. 2 n. 4.

7) Das Leben des Cujacius behandelte Berriat St. Prix, deutsch bearbeitet von Spangenberg, Leipzig 1822. Angeführt wird auch Cabantons in der revue de législation X. 1839. In den Gesamtausgaben der Werke des Cujacius finden sich außer den bei seinen Lebzeiten herausgegebenen Werken — den opera priora — dessen nachgelassene Schriften und Vorträge — opera postuma. Eine Gesamtausgabe veranstaltete Fabrot, Paris 1658; auf ihr beruhen die 1722 und 1757 zu Neapel, 1758 ff. zu Venedig und Modena erschienenen Ausgaben. Über die Ausgaben der Werke des Cujacius und das promtuarium universorum operum Jacobi Cujacii von Dominicus Albanensis vgl. Thibaut im Archiv für ziv. Praxis Bd. 13 S. 11 n. 21.

römische Recht; sein Hauptwerk, die commentarii juris civilis, bildet die erste umfassende systematische Bearbeitung des römischen Rechtsstoffes.[8]

Noch im Anfang des 17. Jahrhunderts finden sich bedeutende historische Juristen französischen Stammes.[9] Dann wendete man sich in Frankreich fast ausschließlich der praktischen Jurisprudenz zu. Die historische Richtung hatte später in den Niederlanden eine Nachblüte.[10]

4. In Deutschland beginnt frühe die Periode der Praktiker.[11]

Zu Anfang des 16. Jahrhunderts wurden allerdings hervorragende Geister von den Anregungen der Humanisten und der historischen Jurisprudenz des Auslandes mächtig berührt. Gregor Haloander veranstaltete lesbare Ausgaben des corpus juris.[12] Zasius, auf dem Boden der juristischen Praxis stehend, war zugleich von warmem Interesse für geschichtliche Forschung und Humanismus erfüllt.[13]

Allein die Kraft der deutschen Juristen war im wesentlichen absorbiert durch die Aufgabe, das rezipierte römische Recht den deutschen Verhältnissen anzupassen. Dabei lehnte man sich naturgemäß an die Postglossatoren an und man darf sagen, daß in Deutschland eigentlich das römisch-italische Recht, wie es die Postglossatoren gelehrt hatten, rezipiert wurde.

Der Praxis dienten die sog. Kameralisten, welche ihre Erörterungen an die Entscheidungen des Reichskammergerichts anschlossen, namentlich Joachim Mynsinger und Andreas Gail.[14]

8) Vgl. Eyssel: Doneau, sa vie et ses oeuvres 1860; Stintzing, Hugo Donellus in Altdorf 1869 und in seiner Geschichte der Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 377. Buhl, Hugo Donellus zu Heidelberg 1891.

9) Wir erwähnen Jakobus Gothofredus 1587—1652, hochberühmt durch seinen gelehrten Kommentar zum codex Theodosianus, ferner Anton Faber 1557—1624, Präsident des obersten Gerichtshofes zu Savoyen. Seine Schriften de erroribus pragmaticorum, ferner rationalia in Pandectas über die 19 ersten Bücher der Pandekten erregten bei den Gelehrten seiner Zeit Aufsehen, namentlich auch durch ihre gewaltsame Konjekturalkritik. Von nachhaltigerem Einfluß aber auf die Gestaltung des Rechts, vornehmlich auch in Deutschland, war der codex Fabrianus und die an die dargestellten Rechtsfälle geknüpften praktischen Erörterungen. Auch Merillius, † 1647, ist zu nennen wegen seiner sog. Variantes ex Cujacio, d. h. Zusammenstellung widersprechender Erklärungen von Cujacius.

10) Die bekannteren Namen sind Wissenbach, geb. 1607, † 1665, genannt wegen seiner emblemata (Interpolationen) Triboniani; Johann Voet, geb. 1647, † 1714, welcher gute commentarii ad Pand., zuerst 1698, schrieb, vgl. über ihn Jugler, jur. Biographie, Bd. 2 Stück 1 n. 35; Noodt, geb. 1647, † 1725, mehr Rechtshistoriker, siehe Jugler a. a. O. Bd. 2 Stück 1 n. 35; Schulting, geb. 1659, † 1734, der gleichen Richtung huldigend. Auch Bynkershoek, geb. 1673, † 1743, machte sich einen Namen, vgl. Jugler Bd. 1 Stück 1 n. 2.

11) Vgl. Geschichte der deutschen Rechtsw. von R. Stintzing 1. Abt. 1880. Sie reicht bis zur ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts. Ein jäher Tod hat den trefflichen Forscher und Schriftsteller vor Vollendung seines Werkes überrascht. Aus seinem Nachlaß hat Ernst Landsberg 1884 eine 2. Abt. herausgegeben, vgl. auch unten § 12 Anm. 1.

12) Vgl. oben §§ 8, 9 und 10. Stintzing, Geschichte a. a. O. Abt. 1 S. 180.

13) Stintzing, Ulrich Zasius 1857 und Geschichte a. a. O. Abt. 1 S. 155.

14) Mynsingers Werk war das erste seiner Art. Es führte den Titel: singularium observationum judicii imperialis camerae centuriae IV. Basileae 1563. Gail publizierte 1578 seine Practicarum observationum libri duo. Vgl. Stintzing, Geschichte a. a. O. S. 485 ff. Burckhard, Andreas Gail 1887.

Praktische Zwecke verfolgten auch fast ausschließlich die einflußreichen juristischen Lehrer und Schriftsteller Kursachsens. In Sachsen hatte das heimische Recht festen Halt in einem seit Jahrhunderten anerkannten weitverbreiteten Rechtsbuche, dem Sachsenspiegel. Nun trat das römische Recht neben das Sachsenrecht. Die Verbindung und Ausgleichung war die eigentümliche Aufgabe der sächsischen Juristen. Durch sie vorzugsweise bildete sich der sog. usus modernus Pandectarum.

Schon der Niederländer Matthäus Wesenbeck, welcher in Wittenberg lehrte, bereitete dies vor.[15] Von Späteren nennen wir Hartmann Pistoris,[16] Benedictus Carpzov,[17] Heinr. Berger,[18] Balthasar v. Wernher,[19] Augustin v. Leyser.[20]

Die Schriften der sächsischen Rechtslehrer haben auch auf die außersächsischen juristischen Lehrer und Schriftsteller Deutschlands bestimmenden Einfluß gewonnen. Zu solchen gehört Mevius in Greifswald,[21] Lauterbach in Tübingen,[22] Brunemann in Frankfurt a. d. O.,[23] Stryk in Frankfurt a. d. O. und Halle,[24] Justus Henning Böhmer in Halle und sein Sohn Georg Ludwig Böhmer in Göttingen.[25] [26]

15) Die historische Bedeutung Wesenbecks liegt vorzugsweise in seinen Paratitla oder dem commentarius in Pandectas, zuerst erschienen 1565, systematische Darstellung des Pandektenrechts mit Rücksicht auf die Praxis und die Besonderheiten des sächsischen Rechts. Stintzing, Geschichte a. a. O. S. 351.

16) Hartmann Pistoris ragt durch seine Quaestiones juris tam Romani quam Saxonici hervor, welche von 1579 ab erschienen. Auf seinen Schultern steht Benedikt Carpzov. Über die Familie der Pistoris vgl. Stintzing a. a. O. S. 566.

17) Benedictus Carpzov II., geb. 1595, † 1666, ist der bedeutendste in der Juristenfamilie der Carpzov, vgl. Jugler a. a. O. Bd. 1 Stück 2 n. 21. Den größten Einfluß auf die Praxis gewann von seinen Schriften die jurisprudentia forensis Romano-Saxonica, zuerst 1638.

18) Über Heinrich Berger, geb. 1657, † 1732, vgl. Jugler Bd. 1 Stück 1 n. 3. Berger ist vorzugsweise durch seine oeconomia juris — zuerst 1712 — bekannt. Sie wurde in den Ländern sächsischen Rechts bis in die neueste Zeit noch viel benutzt.

19) Johannes Balthasar v. Wernher, geb. 1675, † 1742. Sein Hauptwerk sind die observationes forenses, die von 1710 an erschienen.

20) Augustin von Leyser, geb. 1683 zu Wittenberg, dort 1752 gestorben. Sein Hauptwerk sind die meditationes ad Pandectas, 11 Bände. Dasselbe enthält elegante, aber wenig tiefe Ausführungen unter Anfügung von Rechtsfällen.

21) David Mevius, geb. 1609, † 1670, Präsident des schwedischen Tribunals zu Wismar; vgl. über ihn Jugler Bd. 4 Stück 1 n. 21, sowie August Barkov de Davide Mevio narratio, Greifswalder Jubiläumsprogramm 1856. Hauptwerke waren seine commentarii über jus Lubecense, 2. Ausg. 1664, und die decisiones summi Regii Tribunalis Wismariensis, zuerst 1653.

22) Wolfgang Adam Lauterbach, 1618 im Voigtland geboren, war Professor in Tübingen. Er starb 1678. Sein collegium theoretico-practicum wurde zuerst 1690 bis 1714 herausgegeben. Siehe über ihn Jugler a. a. O. Bd. 3 Stück 1 n. 8.

23) Johann Brunnemann, geb. 1608, † 1672, vgl. Jugler Bd. 4 Stück 2 n. 25, war vor allem berühmt durch seinen commentarius in libros Pandectarum 1670.

24) Samuel Stryk, geb. 1640 in der Uckermark, † 1701. Er schrieb usus modernus Pandectarum, zuerst ediert 1690.

25) Justus Henning Böhmer, geb. 1674, † 1749, schrieb exercitationes ad Pandectas; er beschäftigte sich viel mit Kirchenrecht. Über die Schriften seines Sohnes Georg Ludwig Böhmer, geb. 1715, † 1797, können Weidlichs biographische Nachrichten 1781 Teil 1 S. 74 verglichen werden.

26) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß die Hervorhebung einiger bedeutender

§ 12. Naturrechtliche und historische Schule.

1. Die Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts wurde überwiegend durch die naturrechtliche Schule bestimmt. Noch vor dem Beginn des 19. Jahrhunderts trat ihr die historische Schule entgegen und gewann die Herrschaft, ohne doch die Gedanken der naturrechtlichen Schule völlig bannen zu können.

Naturrechtliche Systeme bildete man seit dem 16. Jahrhundert; sie beeinflußten zunächst das öffentliche Recht und die Lehren des Völkerrechts.[1] Mit dem Ende des 17. Jahrhunderts suchte man auch das Privatrecht nach ihnen zu gestalten. Dazu gab die Mangelhaftigkeit und Reformbedürftigkeit des gegebenen Rechts Veranlassung. Mit der Rezeption der fremden Rechte waren massenhafte Rechtsnormen eingedrungen, die sich in Jahrtausenden gebildet und angesammelt hatten, und weder unter sich noch mit der wirklichen Rechtsverfassung Deutschlands übereinstimmten. Die Beherrschung des gewaltigen Stoffes wurde erschwert durch den Mangel der systematischen Folge im justinianischen und kanonischen Gesetzbuch. Daher erschien das Privatrecht unter den Streitigkeiten der Doktoren mehr als ein Kampfplatz, denn als eine feste Norm für die Lebensverhältnisse. Neue soziale und wirtschaftliche Zustände gelangten nach Beendigung des dreißigjährigen Krieges zur Herrschaft und neue Anforderungen traten an das Privatrecht heran. Das größte Übel war der schleppende Gang des gemeinen Prozesses, welcher sich in übertriebener Gründlichkeit endlos hinzog und die Verwirklichung des Rechts in eine unabsehbare Zukunft vertagte.

Aus allem diesem Irrsal sollte das Recht der Vernunft herausführen. Aus der Vernunft gedachte man aprioristisch das Recht zu gestalten. Schließlich fand man hier freilich nur den Reflex des Wirklichen, wie es dem einzelnen erschien. Aber in doppelter Beziehung leistete diese Richtung Großes.

Einmal wurde die Masse des positiven Rechts zum ersten Male von einem außer ihm liegenden Standpunkt in eingehender Weise einer Kritik unterzogen. Ferner führte sie zur systematischen Gliederung des Rechtsstoffes. Die so gewonnenen Gedanken sind zum nicht geringen Teil für die Wissenschaft maßgebend geblieben.

Auf Grund dieser Systeme wurden dann umfassende Gesetzeswerke, die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, geschaffen; zuerst das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten.

Schriftsteller aus der Menge der übrigen etwas mehr oder weniger Willkürliches hat. Hier handelt es sich nur darum, einzelne zu benennen, um welche sich bei eingehenderen Studien die Namen anderer gruppieren können.

1) Otto Gierke: Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880. Vgl. über die Schule überhaupt Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, Rede 1883, vor allem aber Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, dritte Abteilung 1898.

Die naturrechtliche Schule hat für die Erforschung des positiven Rechts wenig geleistet. Die Bedeutung von Thomasius,[2] welcher an der neugestifteten Universität Halle für das Naturrecht wirkte und dessen Anregungen dauernden Einfluß hatten, liegt nicht auf diesem Felde, obgleich er sich auch auf ihm versuchte. Noch weniger leisteten spätere Anhänger der Schule. Mit dem Rationalismus ging die einseitige Betonung des Utilitarismus Hand in Hand; den wissenschaftlichen Produktionen aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts fehlt Tiefe und Eigenart.

2. In glänzender Begabung trat Friedrich Karl von Savigny mit dem Anfang unseres Jahrhunderts als Bannerträger der historischen Schule hervor. Die Ideen, von denen er ausging, waren seit dem Ende des 18. Jahrhunderts bereits mehrfach geäußert worden. Der Göttinger Professor Hugo hatte sie in die Rechtswissenschaft eingeführt,[3] aber Savigny gab ihnen ihr besonderes Gepräge.[4] Das Recht, lehrte man nun, ist das Produkt der Geschichte, ein Ausdruck des Volksgeistes, nicht der subjektiven Vernunft der einzelnen; es ist aus sich heraus zu erläutern, indem man auf seine historischen Wurzeln zurückgeht; Kodifikationen brechen die Verbindung mit der Vergangenheit ab und sind daher unter Umständen sogar schädlich.[5] Auf Grund dieser Gedanken erfuhr das Studium des römischen Rechts, wie auch dasjenige des deutschen Rechts, eine Erneuerung. Für das römische Recht insbesondere wurden bisher unbekannte Quellen entdeckt, unter denen die Institutionen des Gajus den ersten Rang einnehmen und in ihrem Lichte erschien es in neuer Gestalt. Bedeutende Geister, vor allem Georg Friedrich Puchta,[6] setzten ihre volle Kraft an die Erforschung des reinen römischen Rechts, aber seine Weiterbildung durch Praxis und Gerichtsgebrauch seit der Zeit der Postglossatoren und unter deren Einfluß hatte dem gegenüber einen schweren Stand. Manche

---

2) Über Thomasius vgl. u. a. Dernburg, Thomasius und die Gründung der Universität Halle 1865; B. A. Wagner, Christian Thomasius, ein Beitrag zur Würdigung seiner Verdienste um die deutsche Literatur 1872; Nicoladoni, Chr. Thomasius 1888; Landsberg, zur Biographie von Chr. Thomasius 1894.

3) Savigny, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 421. Singer, zur Erinnerung an Gustav Hugo in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16, S. 273.

4) Savigny ist geboren zu Frankfurt am Main am 21. Februar 1779, gestorben zu Berlin am 25. Oktober 1861. Über Savigny vgl. vorzugsweise Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 2 S. 1 ff.; Enneccerus, Friedrich Karl von Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft, Marburg 1879. Dort findet sich S. 6 Literatur über Savigny zusammengestellt.

5) Thibaut: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Heidelberg 1814, erhob die Forderung eines neuen Gesetzbuches für ganz Deutschland. Ihm trat sofort Savigny entgegen in dem Werke: Über den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, in 3. Auflage 1840, in einem Neudruck 1892 erschienen. Er erklärt sich in demselben gegen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit von Kodifikationen, vgl. z. B. a. a. O. S. 25, indem er vorzugsweise seiner Zeit den Beruf zu denselben abspricht.

6) Puchta, geb. 1798, starb bereits im 48. Lebensjahre 1846. Nekrologe sind abgedruckt in Rudorffs Ausgabe von Puchtas kleinen zivilistischen Schriften.

an sich nützliche Rechtssätze wurden beseitigt, anderes konnte sich nur im hartnäckigen Kampfe behaupten.[7] [8]

3. Der Einfluß der naturrechtlichen Schule war zurückgedrängt, aber nicht gebrochen. Er machte sich vorzugsweise in der Gesetzgebung geltend. In der Tat sind die Gegensätze keine unversöhnlichen. Es handelt sich um zwei Richtungen, die sich notwendig ergänzen müssen. Der feste Grund des Rechts ist seine Geschichte. Aber inmitten der Wandlung aller menschlichen Dinge bedarf auch das Recht stetiger Weiterbildung. Diese kann sich nicht durch Wissenschaft und Gewohnheit allein vollziehen; unentbehrlich ist auch die Hilfe der Gesetzgebung, welche nicht bloß das historisch Überlieferte entwickelt, sondern das Angemessene und Zweckmäßige feststellt. Nie können und sollen wir von dem Gegebenen absehen, aber nimmermehr dürfen wir darauf verzichten, dasselbe nach den Anforderungen unserer Vernunft weiterzubilden.[9]

Die romanistische Wissenschaft der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts suchte sich von der Einseitigkeit der historischen Schule frei zu machen, ohne den berechtigten Kern ihrer Lehren aufzugeben. Selbständige, zum Teil weit auseinander gehende Wege schlugen insbesondere 4 hervorragende Romanisten ein: Alois Brinz,[10] Bernhard Windscheid, Rudolph Ihering,[11] Heinrich Dernburg.[12]

§ 13. Die wichtigsten literarischen Hilfsmittel.[1]

1. Zur Orientierung über die Bearbeitungen der Lehren des Pandektenrechts seit einem Jahrhundert und in früherer Zeit ist auf drei Werke zu verweisen:

---

7) Der historischen Schule sind unter anderen zuzuzählen: Johann Christian Hasse in Bonn 1779—1830, Eduard Schrader in Tübingen 1779–1860, von Bethmann-Hollweg 1796–1877, Friedrich Ludwig von Keller 1799—1860, Eduard Böcking 1800—1869, Adolf August Friedrich Rudorff 1803—1872, Roderich Stintzing, geb. 1825, † 1883, Alfred Pernice, geb. 1841, † 1901.

8) Die historische Schule hat auch zur Zeit ihrer Blüte nicht alle bedeutenden Zivilisten Deutschlands zu Anhängern gehabt. Als Gegner trat auf A. F. Justus Thibaut in Heidelberg, geb. 1772, † 1840. Vorzugsweise der Dogmatik widmete sich Karl Georg von Wächter, geb. 1797 in Marbach am Neckar, † in Leipzig am 15. Januar 1880, vgl. Windscheid, Karl Georg von Wächter 1880; Dernburg, Karl Georg von Wächter 1880. Ebenso war hauptsächlich Dogmatiker: Karl Adolph von Vangerow, geb. 1808, † zu Heidelberg 1870. Den Standpunkt der Hegelschen Philosophie vertrat Eduard Gans, geb. 1798, † in Berlin 1839. Seinen Ausgangspunkt nahm hier auch Karl Georg Bruns, geb. am 24. Febr. 1816, † in Berlin am 10. Dezember 1880. In seiner späteren Wirksamkeit gehört Bruns der historischen Schule an. Vgl. über Bruns: Degenkolb im Archiv für zivil. Praxis Bd. 64 n. 13.

9) Beachtenswerte Betrachtungen über „Zivilpolitik" d. h. den Einfluß der Rechtssätze auf das Volksleben, insbesondere den Volksreichtum, die Volksseele und die Gestaltung, welche hiernach den Rechtssätzen zu geben ist, entwickelt Petrażycki in seinem Buch „Die Lehre vom Einkommen" besonders Bd. 2 S. 437 ff.

10) Über Brinz, geb. 1820, † 1887, vgl. Exner, Erinnerung an Brinz 1888, Regelsberger, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 30 S. 1; siehe auch Kuntze: Ihering, Windscheid, Brinz 1892.

11) Über Windscheid, geb. 1817, † 1892, und Ihering, geb. 1818, † 1892, vgl. Eck, zur Feier des Gedächtnisses v. Ihering und Windscheid 1893; über Ihering vgl. A. Merkel, Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 6.

12) Über Dernburg, geb. 1829, † 1907, vgl. Seckel, Gedächtnisrede, Kipp, H. Dernburg. Ein Vortrag.

1) Bücher lernt man nur kennen, wenn man ein wissenschaftliches Thema mit Ernst

a) Ch. F. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, begonnen 1790, nach dem Tode Glücks von verschiedenen bedeutenden Pandektisten — Mühlenbruch, Fein, Arndts, Leist, Burckhard, Salkowski, Czyhlarz, Ubbelohde — fortgesetzt, noch unvollendet. Bis jetzt sind erschienen 49 Bde., ferner zu Buch 37, 38 der Pand. von Leist 5 Teile, zu Buch 39, 40 von Burckhard 3 Teile, zu Buch 41, 42 von Czyhlarz 1 Teil, zu Buch 43 und 44 von Ubbelohde 5 Teile.

b) Vangerow, Lehrbuch der Pand. 3 Bde., 1. Aufl. 1839 ff., 7. Aufl. 1863 ff. Dieses Werk enthält in Anmerkungen eine Ausführung der wichtigsten Kontroversen des Pandektenrechts unter lichtvoller Darstellung der Ansichten der Juristen vorzugsweise seit Beginn des 19. Jahrhunderts.

c) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bände, 1. Auflage 1862 ff., 7. Auflage 1891.[2] Eine 8. und 9. Auflage hat mit eigenen Zusätzen und unter vergleichender Darstellung des deutschen bürg. Rechts Kipp bearbeitet 1900 u. 1906.

2. Gedrängte Pandektenlehrbücher sind: das geistvolle Werk von Georg Friedrich Puchta, 1. Auflage 1838, 12. herausgegeben durch Schirmer 1877, ergänzt durch seine nach seinem Tode veröffentlichten Vorlesungen, ferner Pandekten von Arndts, 1. Aufl. 1850, 14. Aufl. herausgegeben durch Pfaff und Hofmann 1894,[3] von Baron, 9. Aufl. 1896 und von Wendt 1888.

Die Vorlesungen über Pandekten von Keller sind 1861, in 2. Aufl. 1866, die von Wächter 1880 mit Beilagen in 2 Bdn. nach dem Tode dieser großen Rechtslehrer veröffentlicht.

3. Tiefer gehende Untersuchungen enthalten:

Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts Bd. 1 — auf den allgemeinen Teil beschränkt — 1839.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 8 Bände, 1840 bis 1849, gleichfalls nur den allgemeinen Teil enthaltend; 2 Bände, welche allgemeine Lehren des Obligationenrechts behandeln, reihen sich an.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. veränderte Aufl. 1873 ff. Bd. 1—4; die zweite Abt. des 3. Bds. und den 4. Bd. hat nach des Verfassers Tode Lotmar besorgt. Von einer 3. Aufl. ist 1884 die erste Lieferung des ersten Bandes erschienen.

---

und Gründlichkeit verfolgt. Dann bildet man sich seinen Apparat leicht. Die Anführung zahlreicher Buchtitel an diesem Orte hat nach unserem Ermessen wenig Wert. Wohl aber dürften für den, welcher eine wissenschaftliche Arbeit zum ersten Male unternimmt, einige Winke am Platze sein. Die hauptsächlichsten Bearbeitungen zivilistischer Themata findet man bei Glück, Vangerow, Windscheid angeführt, auch Arndts' Pandekten sind zu vergleichen. In juristischen Monographien sind die einschlagenden älteren Bearbeitungen meist mehr oder weniger vollständig zitiert. Wo dies ein dogmatisches oder historisches Interesse hat, ist an der Hand der Zitationen hinaufzusteigen bis zu den älteren und ältesten Bearbeitungen des Themas. Knüpfen sich die behandelten Fragen an römische Quellenstellen, so sind die großen französ. Exegeten zu konsultieren, vor allen Cujacius, welcher viele der schwierigen Stellen des Corpus juris erklärt hat. Nie ist die accursische Glosse zu übersehen. Welche Interpreten sonst zu befragen sind, richtet sich nach der Sachlage. Schimmelpfeng, Hommel redivivus, 3 Bde., Kassel 1858, 1859, gibt Nachweisungen über die Exegese der Rechtsquellen; das Werk kann trotz seiner Mängel unter Umständen Dienste tun. Die bibliograph. Bücher, welche die Titel von Büchern, zum Teil auch von Abhandlungen angeben, wird man nur in besonderen Fällen mit Nutzen befragen. Was wirklich Bedeutung hat, ist meist von Späteren zitiert. Nützlich ist mir erschienen Kappler, jur. Promtuarium über alle in den Jahren 1800—1837 erschienenen Abhandlungen, 2. Aufl. 1837. Andere Repertorien zitieren Arndts § 20, Windscheid Bd. 1 § 12 Anm. 1. Ein vortreffliches bibliographisches Hilfsmittel ist auch der Katalog der Bibliothek des Reichsgerichts, herausgeg. v. Schulz, 2 Bde., 1882, 1890.

2) Eine italienische Übersetzung geben Fadda und Bensa 1891 ff.

3) Eine ital. Bearbeit. veranstaltete Filippo Serafini. 4. Aufl. Bologna 1882.

Den allgemeinen Teil behandeln die Pandekten von Immanuel Bekker 1886 ff., Bd. 1 und 2, von Hölder 1886 ff. und von Regelsberger, Bd. 1 1893.

4. Zwei Werke, welche vorzugsweise der Rechtsgeschichte angehören, sind auch für die Dogmatik so bedeutsam, daß sie nicht übergangen werden dürfen. Auffassung und Behandlungsweise ist freilich in beiden nahezu die entgegengesetzte.

Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. 1 und 2 in 5. Aufl.; Bd. 3 Abt. 1 in 4. Aufl., unvollendet.

Alfred Pernice, Marcus Antistius Labeo, Bd. 1 und 2, Bd. 3 Abt. 1 1873 ff., Bd. 2 Abt. 1 und Abt. 2,1 in 2. Aufl., ebenfalls unvollendet.

5. Gemeines Recht in Verbindung mit Partikularrecht behandeln folgende drei Werke von Romanisten:

Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, 1839 und 1842. 2 Bände, welche das Historische und den allgemeinen Teil enthalten.

Unger, System des österreichischen allgem. Privatrechts, Bd. 1 und Bd. 2, 1856 und 1859, 5. Auflage 1892, den allgem. Teil enthaltend — Bd. 6, 1864, 4. Auflage 1894, das Erbrecht darstellend.

Heinrich Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches. 3 Bände 1871 ff. Der erste und zweite Band sind in 5. Auflage 1893 und 1897, der dritte ist in 4. Auflage 1895 erschienen.

6. Von den Sammlungen von Abhandlungen bedeutender Zivilisten erwähnen wir:

Thibaut, zivilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814.

Savigny, vermischte Schriften. 5 Bde. Berlin 1850.

G. F. Puchta, kleine zivilistische Schriften, herausgegeben von Rudorff. Leipzig 1852.

Arndts, Gesammelte zivilistische Schriften. 3 Bde. 1873, 1874.

Bruns, kleinere Schriften. 2 Bde. 1882.

Ihering, gesammelte Aufsätze. 3 Bde. 1881.

7. Unter den Zeitschriften heben wir hervor:

a) Rechtsgeschichtliche:

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn und Göschen. Berlin 1815—1850, 15 Bände.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz von J. C. Hasse und anderen, Bonn 1827—1835, 7 Bände, für Geschichte und Dogmatik gleich wichtig.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, begonnen 1861 von Rudorff u. a., 13 Bände. Vom 14. Bande ab beginnt eine neue Folge der Zeitschrift unter dem Titel: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Die romanistische und germanistische Abteilung ist seitdem getrennt. Bis jetzt sind von der neuen Folge 29 Bände erschienen.

b) Dogmatische:

Archiv für zivilistische Praxis, von Gensler, Mittermaier u. a. begonnen von 1818, gegenwärtig nach mehrfachem Wechsel von Franklin, Heck, Rümelin, Wendt, Kohlhaas, Heidelberg; bis jetzt 103 Bände.

Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß von Linde und anderen. Gießen 1827 ff. 20 Bände, neue Folge 22 Bände.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther, 6 Bände. 1857—1863, auch reich an historischen Aufsätzen.

Iherings Jahrbücher, 1857 von Ihering und Gerber begründet, bis jetzt 54 Bde., dazu ein reichhaltiger Index von Knoke.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, 1874 ff., bis jetzt 36 Bände.

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring und Oertmann, 1889 ff., bis jetzt 32 Bände.

In Betracht kommt auch für das gemeine Recht:

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt u. a. nach dessen Tode von Keyßner und Karl Lehmann, gegenwärtig von Karl Lehmann, Julius

Gierke. Erlangen bezw. Stuttgart 1858 ff., bisher 63 Bände. Über die ersten 50 Bände besteht ein vortreffliches Generalregister.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausgegeben von Bernhöft und G. Cohn, jetzt auch von Kohler, 1878 ff.

c) Kritische:

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1859 ff., bis jetzt 48 Bände.

8. Eine Zusammenstellung von Entscheidungen oberster deutscher Gerichte enthält: Seufferts Archiv, 1847 von J. A. Seuffert begonnen.

Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 1880 ff., bis jetzt 70 Bände, gewähren uns das Bild der Entwicklung eines neuen einheitlichen Juristenrechts.[4]

Sie schließen sich an die epochemachenden Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts 1871 ff., 25 Bände, an.

---

4) Außer dieser von den „Mitgliedern des Gerichtshofs" herausgegebenen Sammlung werden Entscheidungen des Reichsgerichts in großer Zahl veröffentlicht, namentlich durch „Bolze, Praxis des Reichsgerichts" (inzwischen eingegangen), ferner in der „Juristischen Wochenschrift" Organ des deutschen Anwaltsvereins, in der „Deutschen Juristenzeitung", in der Zeitschrift „das Recht" und in den „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts" begründet von „Gruchot". Diese massenhaften Publikationen kommen einem Bedürfnis des juristischen Publikums entgegen. Aber die Folgen sind keineswegs bloß nützliche. Nicht wenigen wird die Jurisprudenz zur bloßen Kenntnis der Präjudizien des Reichsgerichts und zur Gedächtnissache; selbständige Prüfung und kritische Würdigung erscheint ihnen überflüssig.

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.[1]

Erster Abschnitt.

Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.

Erstes Kapitel.

Begriff des Rechts im objektiven Sinne. Einteilungen.

§ 14. Das Wesen des Rechts im objektiven Sinne.

Recht im objektiven Sinne ist der allgemeine Wille, welcher die kulturelle Beherrschung der Natur und ihrer Kräfte zum Gegenstand hat. Diese formale Begriffsbestimmung berührt aber nicht den Inhalt des Rechts.[2] [3]

Der Jurist Celsus definiert: jus est ars boni et aequi,[4] d. h. das Recht ist die Kunst, das sittliche Prinzip in den Lebensverhält-

1) Die allgem. Lehren des Systems des röm. Rechts beschäftigen sich zum Teil mit Problemen, welche sich auch die Rechtsphilosophie zu stellen hat. Aber der Standpunkt des Systems bezüglich dieser Probleme ist ein anderer als derjenige der Rechtsphilosophie. Der Allgem. Teil des Systems hat die dem römischen Rechte zugrunde liegenden Vorstellungen darzulegen. In diesen macht sich oft eine konkrete Anschauung und stets der Gesichtspunkt der praktischen Verwendbarkeit geltend. Die Rechtsphilosophie mag solchen Anschauungen kritisch gegenüber stehen. Sie hat andere Aufgaben als die positive Jurisprudenz. Unseres Erachtens muß es beiden Disziplinen förderlich sein, wenn sie erkennen, daß ihre Methoden und Ziele nicht identisch sind. Vgl. aber Hartmann, Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph 1892, bes. S. 101 ff.

2) Vgl. Rousseau, contrat social „volonté générale", Hegel, Philosophie des Rechts, Zusatz § 82.

3) Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht §§ 33—36, Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht 1878 S. 1, Binding in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 21 S. 545; Schuppe, Begriff des subj. Rechts 1887; vgl. aber auch Heilinger, Recht und Macht, Wien 1890, S. 35; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 15 S. 116; Hölder über objektives und subjektives Recht, Vortrag 1893; Laband, Staatsrecht Bd. 1 § 57; Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 1 ff. 1908.

4) L. 1 pr. D. de just. et jure 1, 1. Windscheid § 28 Anm. 2 findet hier „das Ideal des Rechts schön bezeichnet". Aber ars ist nicht ein Ideal, es ist die Kunst der Verwirklichung des Ideals. Vielleicht verstand aber — diesen Gedanken regt Salkowski an — Celsus unter ars das wissenschaftliche System des Guten und Billigen, wie Cicero „de jure civili in artem redigendo" schrieb. Gellius, noct. atticae I cap. 22.

nissen zu verwirklichen. Damit bezeichnet er den Inhalt und die Aufgabe des Rechts. Das Recht gibt inmitten aller Kollisionen der individuellen Interessen das rechte Gleichmaß. Solches Gleichmaß stellt sich nicht selten durch die in der Gesellschaft wirkenden Kräfte unmittelbar im Wege der Gewohnheit her. Das Recht hat dann die so erwachsende Ordnung nur zu wahren und zu erhalten. Häufig aber kommen die Interessen in Gegensatz, nicht selten in erbitterten Streit. Dann tritt die im Staate herrschende Macht dazwischen und zieht die Schranken.[5] [6]

Verbindet man den formalen und den materiellen Standpunkt, so bestimmt sich das Recht als *die durch den allgemeinen Willen gewährleistete Ordnung der kulturellen Lebensverhältnisse*.

Vom Rechte im objektiven Sinne ist zu unterscheiden das Recht im *subjektiven Sinne*, nämlich eine durch die Rechtsordnung gewährleistete individuelle Willensherrschaft. Über den Begriff des Rechts im subjektiven Sinne ist später zu sprechen.[7]

§ 15. Zivilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale.

1. Die Entwicklung des römischen Rechts wurde vorzugsweise durch den Gegensatz des *zivilen* und des *prätorischen* Rechts bestimmt.

Das Zivilrecht war ein Volksrecht, welches aus den Gesetzen und Gewohnheiten des alten römischen Gemeinwesens erwuchs und durch die Interpretation der Juristen weiter entwickelt wurde. Festgegründet, für die Dauer bestimmt, war es durch das Volk der Quiriten gewährleistet. Das prätorische Recht beruhte auf den Edikten, welche die Prätoren bei ihrem Amtsantritt für das Amtsjahr erließen.[1] Es mochte sich tatsächlich dadurch erhalten, daß die Nachfolger die bewährten Edikte der Vorgänger — als translaticia — übernahmen. An sich hatte es nur Geltung für ein Jahr.[2]

---

5) Vgl. Jhering, der Kampf ums Recht, 1. Auflage 1872, S. 12 ff.

6) In der l. 7 D. de leg. 1, 3 sagt Modestinus libro 1 regularum: Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire. Hiernach gibt es neben den *gebietenden* und *verbietenden* — den Imperativgesetzen — *erlaubende* — Permissivgesetze, z. B. die gesetzliche Verstattung der „Notwehr". Erlaubende Gesetze haben natürlich nur da Sinn, wo auch ein Verbot denkbar wäre, Bekker Bd. 1 S. 50. Viele wollen von „gewährenden" Normen nichts wissen, da auch in diesen schließlich nur Gebote und Verbote lägen. Vgl. Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe Bd. 2 S. 307 ff., juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 27 ff. Aber die Gebote und Verbote haben bloß den Zweck, die *verstattete Handlung zu ermöglichen*. Darin liegt das Besondere der Permissivgesetze. Die Erlaubnis der „Notwehr" enthält z. B. allerdings auch einen Imperativ, nämlich daß der Richter nicht verurteilen darf. Allein dies bleibt immer nur die negative Seite, die positive ist die Verstattung der Notwehr. Vgl. Hölder, Pand. Bd. 1 S. 62; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 16.

7) Siehe unten § 33.

1) Das Hauptwerk über das prätorische Edikt ist von Otto Lenel, das Edictum perpetuum, ein Versuch zu dessen Wiederherstellung, 1883, 2. Aufl. 1907. Vgl. auch Dernburg, Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts, in den Festgaben für Heffter, Berlin 1873.

2) Cicero in Verrem lib. I cap. 42 § 119: qui plurimum tribuunt edicto praetoris, edictum legem annuam dicunt esse.

Es wurde aufgefaßt als eine durch die Zeitbedürfnisse hervorgerufene, mit ihnen wandelbare Norm.[3] Grundlage und Sicherung fand es in der prätorischen Gerichtsbarkeit. Besonders günstig war seiner Entwicklung die Reform des Prozesses durch die lex Aebutia mit der dadurch bedingten freieren Stellung des Gerichtsmagistrats.[4] Wie die prätorischen Edikte beurteilte man die Erlasse der kuruliſchen Ädilen; auch sie galten als jus honorarium.

Die prätorischen Edikte waren zunächst zur Weiterbildung des Zivilrechts bestimmt; sie trafen aber auch Ergänzungen, wo das Zivilrecht Lücken hatte und nicht ausreichte. Sie gingen endlich zur Korrektur zivilrechtlicher Normen über, wenn diese der aequitas widersprachen, d. h. den derzeitigen Verhältnissen nicht mehr angemessen waren.[5]

Das prätorische Edikt wurde auf Anordnung des Kaisers Hadrian durch den Juristen Julian als Prätor neu redigiert. In dieser Fassung erhielt es durch ein Senatskonsult Bestätigung.[6] Damit war aber der Gegensatz des zivilen und prätorischen Rechts in den Augen der Römer nicht beseitigt. Das zivile Recht war noch immer das volllegitime, das prätorische dagegen eine auf den Nutzen gegründete Norm der Praxis.[7] Selbst im justinianischen Rechte ist dieser Gegensatz nicht verwischt, obgleich er in der Verfassung des byzantinischen Reiches keinen Halt mehr hatte. In Deutschland aber ließ man bei der Rezeption des römischen Rechts den Unterschied zwischen prätorischen und zivilen Satzungen fallen.[8]

2. Verwandt, aber nicht identisch war die Unterscheidung des Rechts als jus civile und jus gentium.

a) Jus civile war das besondere Recht der römischen Bürger. Es war für sie allein gegeben und nur auf sie anwendbar. Die Kaiserzeit

---

3) l. 8 D. de just. et jure 1, 1. Marcianus libro 1 institutionum: Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

4) Vielfach vertrat man die Ansicht, die prätorische Rechtsbildung habe überhaupt erst mit den Reformen der lex Aebutia begonnen. Einschränkend Mitteis, römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians 1908 S. 40 ff. Daselbst Anm. 2 die Literatur.

5) l. 7 § 1 D. de just. et jure 1, 1. Papinianus libro 2 definitionum: Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum.

6) l. 10 C. de cond. indebiti 4, 5, const. *Δέδωκεν* § 18. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 629.

7) Man zweifelte, ob man es jus nennen dürfe. l. 11 D. de just. et jure 1, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum: nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium. Ganz anders Schultze, Privatrecht und Prozeß, 1883, Bd. 1 S. 375. Er erkennt keine Duplizität der Rechte in Rom an. Für ihn ist das jus civile das gewesene, das Nichtrecht, seit die prätorische Rechtszeugung ihren Höhepunkt erreichte. Mitteis a. a. O. S. 56 ff. meint dagegen, der Unterschied zwischen beiden Rechten sei ursprünglich weniger, in neuerer römischer Zeit schärfer hervorgetreten.

8) Im justin. Rechte stehen noch die zivile Erbfolge — die hereditas — und die prätorische Erbfolge — die bonorum possessio — getrennt nebeneinander. Es geschieht der Erwerb der Erbschaft nach beiden Rechten in verschiedener Weise. Im gemeinen Rechte dagegen waren beide Systeme verschmolzen. Es gab hier nur eine Erbfolge und eine Weise ihres Erwerbes.

hat hier manches ausgeglichen; die Praxis dehnte die alte Bürgerordnung gelegentlich auf sämtliche Untertanen aus.

b) Jus gentium war das Recht, welches sich auf alle Rechtsfähigen, insbesondere auch auf die Peregrinen erstreckte. Man brauchte diesen Ausdruck aber in mehrfachem Sinne. Jus gentium nannten die Römer alle Sätze des Völkerrechts — das Kriegs-, Beute- und Gesandtenrecht. Ferner verstanden sie darunter diejenigen Rechtsinstitutionen, welche sich bei allen Völkern, also auch im römischen Gemeinwesen, gleichmäßig vorfinden, z. B. die Sklaverei und Freilassung. Schließlich wurden als jus gentium gewisse Prinzipien bezeichnet, die sich ohne positivrechtliche Basis auf das sittliche Empfinden der zivilisierten Menschheit stützen.[9]

§ 16. Öffentliches und privates Recht.[1]

Das Recht ist teils öffentliches, teils privates. Dies ist die oberste Einteilung der Wissenschaft des Rechts, wie auch seines Inhaltes. Auf diese Unterscheidung wurden die altrömischen Juristen unmittelbar durch die Verschiedenheit ihrer praktischen und wissenschaftlichen Beschäftigung geführt; die einen wendeten sich als Staatsmänner den öffentlichen Geschäften und dem öffentlichen Rechte zu, andere widmeten sich als Privatrechtsjuristen den Rechtshändeln der Bürger.[2]

Die Unterscheidung der Disziplinen ist eine wissenschaftliche, sie hat aber auch praktische Bedeutung. Sie beruht auf einem wissenschaftlichen Gesichtspunkte und zugleich auf einem praktischen Kriterium.

Folgender Gedanke liegt hier zugrunde. Ist für eine Rechtsnorm das Interesse der einzelnen das zunächst bestimmende, so gehört sie dem privaten, ist für sie das Interesse der Gesamtheit maßgebend, so gehört sie dem öffentlichen Rechte an.[3] Die Einteilung entspricht der Doppelstellung des Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft. Als freie Persönlichkeit ist er Selbstzweck, ein selbständiger Mittelpunkt rechtlicher Beziehungen. Er bleibt aber auch Glied einer umfassenden Vereinigung, welcher er sich unterordnet und der er dient.

Gleichwohl handelt es sich bei dieser Unterscheidung keineswegs um

---

9) Der dritten Kategorie — dem jus naturale — fehlt es an Bestimmtheit. Sie wird vielfach mit der naturalis ratio identifiziert, als metaphysische Weltordnung, die sowohl dem jus civile als auch dem jus gentium widersprechen kann. So verwirft z. B. die naturalis ratio der Stoiker die Sklaverei. Man unterstellte auch, daß das Leben der Tiere nicht bloß durch Naturgesetz, sondern durch eine Art von Rechtsordnung regiert werde; vgl. M. Voigt, das jus naturale der Römer Bd. 1 S. 245.

1) Thon, Rechtsnorm S. 110 ff., vgl. auch Roguin, la règle de droit, Lausanne 1889 S. 174, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 4, Wach, Handbuch d. Zivilprozeßrechts § 8.

2) Pomponius berichtet in l. 2 § 46 D. de orig. juris 1, 2 von dem Juristen Tubero: transiit a causis agendis ad jus civile . . . doctissimus habitus est juris publici et privati.

3) l. 1 § 2 D. de just. et jure 1, 1. Ulpianus libro 1 instit.: Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. § 4 J. eod. 1, 1. Vgl. hierzu indessen Pernice, Parerga IX, Zeitschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 19 S. 140.

scharfe Gegensätze. Denn das Wohl der Einzelnen und das des Ganzen sind miteinander eng verbunden. Ob das eine oder das andere bei einer Rechtsnorm überwiegt, ob sie also privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, läßt sich oft schwer bestimmen, da nur ein Mehr oder Weniger in Frage kommt. Es kann sogar dieselbe Rechtsnorm in das öffentliche und in das private Recht einschlagen. Für die praktische Behandlung bedarf es daher eines konkreten Wahrzeichens. So ist der Zivilprozeß ausschließlich zur Wahrung und Durchführung der Privatrechte bestimmt, es ist also empirisch der Schluß gerechtfertigt, daß soweit der Zivilprozeß offen steht, es sich um Privatrechte handle. Die actiones poenales der Römer waren daher ihrem Privatrecht zuzuzählen, denn die Verletzten trieben die vom Delinquenten geschuldete Privatstrafe im Wege des Zivilprozesses bei. Daß die Bestrafung der Verbrecher auch im dringenden Interesse des Staates liegt, kann hiergegen nicht entscheiden.

Die römischen Juristen bezeichnen als öffentliches Recht nur das Staatsrecht mit dem ihm zugehörigen Sakralrecht. Die neuere Systematik teilt dem öffentlichen Rechte zutreffend auch das Strafrecht, den Strafprozeß, den Zivilprozeß, das Kirchenrecht und das Völkerrecht zu.

Regelmäßige Eigenschaft des Privatrechts ist, daß seine Geltendmachung von den Berechtigten abhängt,[4] und daß Verzichte auf dasselbe zulässig sind. Doch nicht alle privatrechtlichen Befugnisse unterliegen dem Verzicht. Es gibt andererseits öffentliche Rechte, denen man entsagen kann, z. B. das Recht der Krone.

---

4) Ist die Verteidigung unserer Privatrechte gegen Verletzung wenigstens ethische Pflicht des Bürgers? Jhering, der Kampf ums Recht 1872 S. 20 ff. — 14. Auflage 1901 — führt aus: „Der Kampf gegen eine bewußte Verletzung unseres Privatrechts ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst und zugleich eine Pflicht gegen das Gemeinwesen. Nur durch sie wird die Majestät des Gesetzes und die von ihm getroffene feste Ordnung des Verkehrslebens gewahrt. In seinem Rechte verteidigt der einzelne zugleich das Gesetz und die unerläßliche Ordnung des Gemeinwesens." Hiergegen ist zu erinnern, daß sich auch im Rechte eine Teilung der Arbeit findet, daß der Staat in den Fällen, in welchen seine Ordnung der Verteidigung notwendig bedarf, hierfür eigene Organe besitzt. Für die Verwirklichung des Privatrechts wirkt das eigene Interesse der einzelnen genügend; dazu kommen verletztes Rechtsgefühl, aber auch Rechthaberei und Starrsinn als treibende Motive. Eine ethische Verpflichtung, verletzte Vermögensansprüche zur Anerkennung zu bringen, besteht nicht. Das Vermögensrecht ist Mittel zur Befriedigung höherer Ziele. Wie weit man es gegen die Verletzung zu verteidigen hat, ist Sache der praktischen Vernunft, nicht der Ethik. Der Bauer, welcher seine Existenz und diejenige seiner Familie durch hartnäckiges Prozessieren um unbedeutender Dinge willen gefährdet, der geistvolle Gelehrte, welcher, statt die Wissenschaft zu fördern, sich ärgert, streitet, prozessiert, der reisende Engländer endlich, um das Beispiel Jherings festzuhalten, welcher wegen der um wenige Gulden übersetzten Gasthofsrechnung wochenlang am Orte bleibt und Zeit und Geld vertut, für die er bessere Verwendung hätte, sie alle verdienen weder Lob noch Mitgefühl. Eine Nation opfert mit Recht der Erhaltung eines bedrohten Grenzstrichs, und wenn er wertlos wäre, ihr Alles, denn es handelt sich um ihre Ehre. Aber dies beweist nichts, wie Jhering meint, für den einzelnen; die Verteidigung von Geld und Geldeswert durch Prozeß gilt nicht als Ehrenpunkt.

§ 17. Klassifikation der Privatrechte.[1]

Die Privatrechte beziehen sich teils auf das Vermögen eines Rechtssubjektes — Vermögensrechte —, teils auf dessen persönliche Stellung.

1. Vermögen ist die Gesamtheit der geldwerten Rechte einer Person.[2] [3]

In einem weiteren — wirtschaftlichen — Sinn zählen zum Vermögen alle jemandem tatsächlich zustehenden geldwerten Güter, also auch der Besitz, d. h. die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, ja selbst die Kundschaft eines Erwerbsgeschäfts.[4]

Die Vermögensrechte sind teils dingliche, teils Forderungsrechte.

a) Dinglich sind die Rechte, welche uns eine körperliche Sache — res corporalis — unmittelbar unterwerfen.[5] Das

---

1) Vgl. Thon, Rechtsnorm S. 127 ff. „Die einzelnen Privatrechte", Gierke, Deutsch. Privatrecht Bd. 1 § 29.

2) Birkmeyer, das Vermögen im juristischen Sinne 1879. Vgl. Bekker, Pand. Bd. 1 § 41, Gierke a. a. O. § 31 S. 275 ff. Geldwert hat, was im Verkehr der Menschen nach Geld geschätzt wird und für Geld anschaffbar ist. Ob das Recht weiter übertragbar ist, kommt nicht in Betracht.

3) Savigny, Bd. 1 S. 340 Anm. 6 bemerkt: „die deutsche Bezeichnung — des Vermögens — ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende Macht, das, was wir durch sie auszurichten imstande sind oder vermögen." Doch das Vermögen ist nicht das einzige Machtmittel, auch durch Kenntnisse, Geist, Energie vermögen wir vieles! Jene Bezeichnung ist daher wohl anschaulich und nicht unwahr, aber keineswegs den Begriff deckend.

4) l. 49 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 59 ad edictum: Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, id est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint: aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. Dem tatsächlichen Haben entspricht die naturalis, dem rechtlichen die civilis appellatio bonorum. So mit Recht Birkmeyer a. a. O. S. 15.

5) Es ist eine in der neueren Zeit vielverbreitete rechtsphilosophische Behauptung, daß im Grunde alle Rechte, auch die dinglichen, nur gegen Personen gerichtet seien. Insbesondere führt Windscheid Bd. 1 § 38 aus: Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache. Das dingliche Recht enthält nur Verbote. Sein Inhalt ist also ein bloß negativer. Er besteht darin, daß sich jedweder der Einwirkung auf die Sache enthalten und den Berechtigten an der Einwirkung auf die Sache nicht hindern dürfe. Da ist es denn nur konsequent, wenn Schloßmann Vertrag S. 257, 261 den wissenschaftlichen Wert des Begriffs des dinglichen Rechts überhaupt bestreitet, so daß ihm das dingliche Recht nur „ein terminologisches Hilfsmittel" ist. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm S. 161, Bierling, Kritik Bd. 2 S. 169, Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 26. Nach dieser Betrachtungsweise ist selbst das Eigentum, welches als das positivste aller Rechte erscheint, rechtlich bloß negativen Inhalts. Offenbar ist dies aber nicht die Auffassung des römischen, nicht die des gemeinen Rechts. Die Römer sagen „res mea est", d. h. die Sache ist an die Person des Eigentümers gekettet, ihm unterworfen. Die Vindikation der Sache gegen Dritte ist ihnen nur die Folge. Und nicht anders fassen sie die übrigen dinglichen Rechte auf. Vgl. Wächter, Erörterungen Heft 1 n. 4 S. 88. Unserer Ansicht nach wurzelt die Unfähigkeit, das dingliche Recht einfach zu begreifen, in dem falschen Begriff des Rechts im subjektiven Sinn, welcher zum herrschenden Dogma wurde. Vgl. hierüber unten § 33. Wer mit der herrschenden Ansicht Recht im subjektiven Sinn mit „Wollendürfen" identifiziert, wird mit Windscheid a. a. O. zu dem Schlusse kommen, daß von Dürfen nicht der Sache

vollkommenste dieser Rechte ist das Eigentumsrecht, das Recht *genereller Herrschaft* über die Sache. Herrschaftsrechte *nach bestimmten Beziehungen* und in *beschränktem Umfange* geben die dinglichen Rechte an fremder Sache, z. B. Servituten, Pfandrecht.

b) Die Forderungsrechte oder *Obligationen* sind Rechte des Gläubigers *auf eine vermögenswerte Leistung durch den Schuldner*.

Auch die *Forderungsrechte* haben zum großen Teil Bezug auf *körperliche Sachen*. Aber die Forderung gibt nur ein Recht *gegen den Schuldner*, sie setzt den Berechtigten nicht in eine *unmittelbare Beziehung* zu der geschuldeten Sache. Die Leistung durch den Schuldner ist also der Durchgangspunkt, um die Sache zu gewinnen.

Die Obligationen sind überwiegend Rechte *auf Erlangung* von Vermögenswerten, sie sollen die Schuldobjekte in das Vermögen des Gläubigers *bringen*. Dennoch sind sie schon Bestandteile des Vermögens. Sie sind bereits geldwerte Güter, weil sie einen rechtlich gesicherten Anspruch geben. Um deswillen vermehren sie das Vermögen. Folgerecht gehören auch die Schulden zum Vermögen, sie sind die Subtrahenten desselben.[6] Demnach zerfällt das Vermögen in Aktiva und Passiva. Die Passiva können die Aktiva übersteigen. Das Vermögen ist dann eine negative Größe.

c) Auf einem anderen Einteilungsgrunde beruht die besondere Stellung des *Erbrechts*. Das Erbrecht regelt vor allem den Übergang des Vermögens eines Verstorbenen auf die Lebenden. Hierbei handelt es sich um eine besondere Weise *des Überganges* des Vermögens, nicht um eine Unterscheidung seiner Bestandteile.

2. Das *Personenrecht* behandelt die privatrechtlichen Beziehungen einer Person abgesehen vom Vermögen.[7]

a) Das Recht der Persönlichkeit auf Wahrung der sozialen Stellung

---

gegenüber die Rede sein kann, sondern nur anderen Personen gegenüber. Wer aber mit uns in dem Recht im subjektiven Sinn einen Anteil an Lebensgütern sieht, muß es nur natürlich finden, daß dieser Anteil in erster Linie in Rechten an Sachen besteht. Bis jetzt hat noch niemand die dinglichen Rechte im einzelnen nach der Grundauffassung der Gegner dargestellt. Eine derartige Behandlung derselben, die nach einigen not tut, ist auch nicht zu erwarten. Sie würde sicher Schiffbruch leiden. Vgl. noch Staub im Archiv für bürg. Recht Bd. 5 S. 12.

6) l. 3 pr. D. de bon. poss. 37, 1. Ulpianus libro 39 ad edictum . . . nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabantur. Nach deutschrechtlicher Ansicht gelten die Schulden als Belastung, welche auf dem Vermögen ruht; Hellwig, Rechtskraft S. 310, Kipp bei Windscheid Bd. 1 S. 42 Anm. 3. So auch nach BGB., Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 103 Anm. 12.

7) Die Ausdrücke „Personenrechte", „persönliche Rechte" und endlich „höchstpersönliche Rechte" haben sehr verschiedene Bedeutung. *Personenrechte* charakterisieren sich durch ihren Gegensatz gegen Vermögensrechte. Die *persönlichen Rechte* bilden eine Spezies der Vermögensrechte. Sie sind *Forderungsrechte*, Rechte, welche die *Leistung eines Schuldners* zum Gegenstande haben und mit einer actio in personam geltend gemacht werden. Sie stehen im Gegensatz zu den *dinglichen* Vermögensrechten, welche eine Sache unmittelbar ergreifen und mit einer actio in rem geltend gemacht werden. Der Ausdruck *höchstpersönliche Rechte* endlich bezeichnet Rechte, welche an die individuelle Persönlichkeit des *Berechtigten* derart geknüpft sind, daß sie auf andere Personen, insbesondere auch auf die Erben, nicht übergehen können.

der eigenen Person.[8] Insbesondere bildet das Recht zur Führung eines Namens, des Adels, eines Titels, Wappens,[9] sowie das Recht zur Führung des kaufmännischen Namens — der Firma — ein solches Personenrecht. Anzuerkennen ist auch das Recht am eigenen Bilde.[10] [11]

b) Dem Personenrecht gehört zum großen Teile das Familienrecht an, welches die Beziehungen der Familienglieder zueinander behandelt. Der Ausdruck Familie hat einen zweifachen Sinn. Eine Familie gründen Ehemann und Ehefrau; ihre Beziehungen regelt das Eherecht. Familie ist auch der Kreis der Blutsverwandten — cognati; hiermit beschäftigt sich ein anderer Hauptteil des Familienrechts. Die väterliche Gewalt, d. h. das Recht des Vaters gegenüber seinen Kindern, trat in Rom vorzugsweise hervor.[12]

An das Familienrecht schließt sich das Vormundschaftsrecht, d. h. die gesetzlich geregelte Fürsorge und Vertretung schutzbedürftiger Personen, die nicht in einer Gewalt stehen.

Das privatrechtliche System wird zweckmäßig in folgenden Hauptteilen dargestellt:

1. Allgemeiner Teil, d. h. die allgemeinen Lehren des Privatrechts. — 2. Sachenrecht. — 3. Obligationenrecht. — 4. Familienrecht. — 5. Erbrecht.[13]

Zweites Kapitel.

Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

§ 18. Die rechtsbildenden Faktoren.[1]

Rechtsquellen, d. h. die Faktoren, welche Recht im objektiven Sinne begründen, sind Gesetze und Gewohnheiten, an welche sich der Gerichtsgebrauch anschließt.

---

8) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 18. Savigny Bd. 1 § 53 leugnete das sog. Recht „an der eigenen Person". Aber nur der Ausdruck ist bedenklich. Bezügliche Privatrechte bestehen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 40, hierzu aber auch Kipp das. und vor allem Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 §§ 81 ff., Gareis, d. R. am menschlichen Körper 1900.

9) Sigmund Levi, Vorname und Familienname im Recht 1888, Scialoja, del diritto al nome, Roma 1889, Kohler, Archiv für bürg. Recht Bd. 5 S. 77, O. Fischer das. Bd. 6 S. 306, RG. Bd. 5 S. 172, Bd. 29 S. 123 und die dort angef. Literatur, Gierke, a. a. O. § 83. — BGB. § 12. Dernburg a. a. O. Bd. 1 § 55. In dem RG. Bd. 2 S. 145 beurteilten Falle wurde anerkannt, daß auch das Verlangen der Aberkennung des Rechts zum Gebrauche des Titels und Wappens eines adeligen Hauses im Wege der Zivilklage geltend gemacht werden könne. Vgl. auch RG. Bd. 18 S. 19, siehe aber auch Preuß. Justiz-Min.-Blatt 1895 N. 47.

10) Keyßner, das Recht am eigenen Bilde 1896.

11) HGB. § 37.

12) Nach BGB. ist die „väterliche" Gewalt in eine „elterliche" des Vaters, eventuell der Mutter umgewandelt.

13) Die „fünf Bücher" des BGB. entsprechen dieser Einteilung.

1) Über die Entstehung des Rechts vgl. Stammler, Wirtschaft und Recht 1896 S. 487 ff., hierzu Kipp bei Windscheid § 15 Anm. 5 S. 67.

Gesetze und Gewohnheiten entstehen in der Regel nicht aus Willkür einzelner. Es liegen ihnen tiefere Momente zugrunde. In ihnen macht sich die Rechtsansicht des Volkes geltend, in dessen Schoße sich das Recht entwickelt. Infolgedessen erblicken viele in der *Volksüberzeugung* die einheitliche und fundamentale Quelle des Rechts. Insbesondere ist dies die Ansicht der hervorragendsten Vertreter der historischen Schule gewesen.[2]

Hierin ist Wahres mit Unwahrem gemischt. Niemand wird bezweifeln, daß in gesunden Staats- und Rechtsverhältnissen die Volksüberzeugung, wenn sie einen gewissen Grad von Stärke erreicht, zu Gewohnheiten und Gesetzen führen muß. Aber die einzige Triebfeder der Bildung des Rechts ist die Volksüberzeugung nicht. Vor allem ist zu beachten, daß das Staatsleben keineswegs immer so gesund ist, um der Volksüberzeugung freie Bahn zu lassen. Daß z. B. unterworfene Nationen jahrhundertelang unter einem ihrer Volksüberzeugung widerstrebenden Rechte standen, zeigt die Geschichte. Bei der Rechtsbildung ferner wie bei allem Menschlichen wirken mancherlei Nebenumstände, ja Zufälligkeiten mit. Es führt z. B. der bloße Nachahmungstrieb zu Gewohnheiten; subjektive Ansichten derer, in deren Hand die Gesetzgebung liegt, rufen Gesetze ins Leben.

Es ist die *Volksüberzeugung* nicht selbst *Rechtsquelle*, sie ist nur ein *Motiv für die Bildung der Rechtsquellen*. Ist doch auch die Volksüberzeugung objektiv nicht leicht mit Sicherheit festzustellen. Man kann sie durch Intuition erkennen, aber sie läßt sich nicht unmittelbar nachweisen. Rechtsquellen bedürfen bestimmter Erscheinungsformen, wie sie sich im Gesetze und in der Gewohnheit offenbaren.

Das Gesetz ist das vom Staate gesetzte Recht. Näher läßt es sich bestimmen als *der in einer Schrifturkunde formulierte, verfassungsmäßig erklärte Wille der gesetzgebenden Organe des Staats über Rechtsverhältnisse*. Das Gesetz im engeren Sinne stellt Rechtsnormen auf, d. h. *Regeln*, nach denen die Rechte zu bemessen sind.[3] Im weiteren Sinne sind Gesetze auch Willenserklärungen des Gesetzgebers, welche keine Regel aussprechen, sondern ein *einzelnes* Rechtsverhältnis z. B. ein Privilegium gestalten.

Gewohnheitsrecht ist die in des Volkes Gewohnheiten liegende Rechtsregel.

Das *Gesetz* hat seine notwendige Form in der Schrift. Um deswillen wird es *geschriebenes* Recht — jus scriptum — genannt. Das *Gewohnheitsrecht* bedarf dagegen zu seiner Entstehung nicht

---

2) Puchta, Pand. § 10, Savigny Bd. 1 §§ 7 ff. Nur in abgeschwächter Gestalt findet sich die Auffassung noch bei Windscheid Bd. 1 § 15. Eine eingehende Darlegung des Standpunktes von Savigny und Puchta, eine meines Ermessens zutreffende Kritik desselben, sowie die Angabe der hauptsächlichsten Schriften findet sich bei Zitelmann, Gewohnheitsr. und Irrtum, im Archiv für ziv. Praxis Bd. 66 S. 400 ff.

3) Zum Denken regt an, doch kann man nicht durchaus beistimmen: Eisele, unverbindlicher Gesetzesinhalt im Archiv für ziv. Praxis Bd. 69 S. 6.

der Schrift. Daher bezeichnet man es als ungeschriebenes Recht — jus non scriptum.[4] Gewohnheiten bilden selbst dann kein geschriebenes Recht, wenn sie, wie nicht selten geschah, unter staatlicher Autorität aufgezeichnet wurden. Denn die Schrift begründet auch dann ihre Geltung nicht, sondern bezweckt nur ihre treue und unverfälschte Erhaltung.

Seit alters bezeichnet man vorzugsweise das corpus juris civilis als jus scriptum. Dem tut es keinen Eintrag, daß es in Deutschland nur als Gewohnheitsrecht galt.

§ 19. Gesetzgebung.

In der justinianischen Zeit ist der Kaiser allein Gesetzgeber, allein rechtmäßiger Ausleger der Gesetze und oberster Richter.[1] Gleichwohl sind die gesetzgebenden Faktoren der älteren Zeit immer noch anerkannt; ihre weitere Wirksamkeit ist gegenüber der kaiserlichen Gesetzgebung nur eingestellt. Das normale Gesetz ist die lex, d. h. der auf Rogation eines Magistrates gefaßte Beschluß der Versammlung des römischen Volkes. Ihr steht das Plebiszit gleich, der in ähnlicher Weise rogierte und angenommene Beschluß der römischen Plebs.[2] Auch der Senat hat gesetzgebende Gewalt, die er durch Senatuskonsulte ausübt.[3] Gesetzeskraft haben ferner die responsa prudentium, d. h. schriftliche Gutachten der vom Kaiser mit dem Recht, in seinem Namen zu respondieren, begnadeten Juristen.[4] Edikte der Prätoren und der kuruli schen Ädilen begründen gleichfalls gesetzesähnliches Recht.

Die kaiserliche Gesetzgebung hatte ursprünglich nur den Charakter von Ausführungsverordnungen der Gesetze. Sie konnte daher die Volksgesetze nicht direkt antasten.[5] Ob die Kaiser zur authentischen Auslegung der Volksgesetze legitimiert seien, war zur Zeit der klassischen Juristen noch bestritten. Justinian verwirft den Zweifel als lächerliches Mißverständnis.[6]

Da die kaiserlichen Verordnungen ursprünglich nur den Zweck hatten, das bestehende Recht auszuführen, nicht aber neue Grundlagen für das Recht zu schaffen, so wird es verständlich, daß eine besondere Publikation nicht Bedingung ihrer Geltung war. Man unterschied:[7]

---

4) §§ 3 und 9 J. de jure nat. 1, 2, l. 33, l. 35, l. 36 D. de leg. 1, 3.

1) l. 12 C. de legibus 1, 14. Justinianus: tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur.

2) §§ 4 ff. J. de jure nat. 1, 2. Das Nähere ist Aufgabe der Rechtsgeschichte. Die „lex Aquilia" bildete ein Plebiszit l. 1 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

3) In der l. 9 D. de leg. 1, 3 — Ulpianus libro 16 ad edictum — wird dies als ein noch gegenwärtiges Recht dargestellt: non ambigitur senatum jus facere posse. Vgl. auch l. 1 C. de senatusconsultis 1, 16.

4) Vgl. l. 12 C. de leg. 1, 14 am Ende.

5) Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 2 Abt. 2. 3. Aufl. S. 881 ff.

6) l. 12 § 2 C. de leg. 1, 14. Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus.

7) Gaj. Inst. I § 5; § 6 J. de jure nat. 1, 2, l. 1 D. de const. principum 1, 4.

1. Kaiserliche Edikte, d. h. vom Kaiser besonders verkündete Rechtsnormen.[8]

2. Mandate, d. h. in den Instruktionen der Kaiser für die Provinzialstatthalter festgestellte Rechtsnormen.[9]

3. Dekrete, d. h. kaiserliche Urteile, soweit sie Rechtssätze aussprachen und anwendeten.[10]

4. Reskripte, d. h. kaiserliche Antworten auf Anfragen von Privaten, sowie Bescheide auf Anfragen von Behörden — consultationes — sofern sie Rechtsregeln aussprachen.[11]

Dekrete und Reskripte hatten den Zweck, über ein konkretes in Frage stehendes Rechtsverhältnis zu entscheiden und wirkten zunächst nur unter den Parteien, welche bei diesem Rechtsverhältnis beteiligt waren. Soweit sie aber bei dieser Veranlassung allgemeine Rechtssätze formulierten, hatten sie Verbindungskraft für alle.[12] Inwiefern in einem Reskript oder Dekret allgemeine Rechtswahrheiten enthalten waren, oder nur die Besonderheit des Falles zum Ausdruck kam, darüber mußten schließlich Jurisprudenz und Praxis befinden.[13]

§ 20. Gewohnheitsrecht. Allgemeine Natur.[1]

Die älteste Rechtsquelle ist die Gewohnheit. Auf sie führt der Ursprung von Staat und Recht zurück, gründen sich die fundamentalen Institute des Privatrechts, wie Eigentum, Ehe, Verwandtschaft.

---

8) l. 3 C. de legibus 1, 14.

9) Ein für das Privatrecht höchst wichtiges caput ex mandatis bezüglich des Militärtestamentes teilt mit l. 1 pr. D. de testamento militis 29, 1.

10) l. 1 § 1 D. de const. princ. 1, 4 Ulpianus libro 1 institutionum: Quodcunque imperator . . . vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est . . . legem esse constat. Einen grundsätzlichen Widerspruch gegen die Gesetzeskraft der Interlokutionen des Kaisers will l. 3 C. de legibus 1, 14 nicht erheben. Man soll sie nur in der Regel als für den einzelnen Fall bestimmt ansehen. — Hauptbeispiel eines Gesetzes in Form eines Dekretes ist das decretum divi Marci l. 13 D. quod metus causa 4, 2, l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7.

11) Die Form der Reskripte konnte sein entweder die eines besonderen Schreibens — epistola — beziehungsweise in förmlicherer Gestalt — pragmatica sanctio — oder Antwort auf dem Anschreiben — adnotatio, subscriptio. Ein sachlicher Unterschied bestand zwischen diesen Formen nicht.

12) Die kaiserlichen Erlasse trug man in Registerbücher — commentarii — ein, die je für das Jahr geführt im kaiserlichen Archiv aufbewahrt wurden. Aus ihnen schöpfte man vorzugsweise. Vgl. Breßlau in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 6 S. 242.

13) l. 1 § 1 u. 2 D. de const. princ. 1, 4. Rechtsunsicherheit und mißbräuchliche Ausdehnung der Reskripte waren naheliegende Gefahren. Dagegen reagierten manche Kaiser und suchten die Gesetzeskraft der Reskripte einzuschränken, l. 2 C. de legibus 1, 14. Einen durchgreifenden Erfolg hatte eine derartige Selbstbeschränkung nicht. Siehe freilich Savigny Bd. 1 S. 128, Mommsen, Zeitschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 12 S. 256.

1) Aus der Literatur heben wir hervor: Puchta, Das Gewohnheitsrecht 2 Bde. 1828, 1837. Savigny, System Bd. 1 §§ 8 ff., 18, 25, 26, 27. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht 1843. Brinckmann, das Gewohnheitsrecht im gemeinen Zivilrecht und Zivilprozeß und die Handelsusancen 1847. Laband in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 17 S. 466 ff. Adickes, Lehre von den Rechtsquellen 1872. Zoll in Iherings Jahrb. Bd. 13 n. 10. Adolf Schmidt, das GR., Leipziger Programm 1881. Zitelmann, GR. und Irrtum

Im Laufe der Entwicklung treten die Gesetze in den Vordergrund. Sie haben eine unvergleichlich geringere produktive Kraft als die Gewohnheit. Aber sie bestimmen den Rechtszustand, welcher gewohnheitsmäßig entstanden war, in das einzelne hinein, sie bilden ihn nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit fort.[2] Neben der Gesetzgebung macht sich die reflektierende Jurisprudenz geltend, welche das Recht systematisch ausarbeitet. Unter dem Einfluß dieser Faktoren erschlafft die Kraft der Gewohnheit. Nunmehr kommt die Zeit, in welcher man oft geneigt ist, das Gesetz als einzig normale Quelle des Rechts anzusehen und die Berechtigung des Gewohnheitsrechts in Frage zu stellen. Andererseits fühlt man das Bedürfnis, das Gewohnheitsrecht aus inneren Gründen zu rechtfertigen, gleichsam zu *verteidigen*. Man sucht nunmehr seine Ebenbürtigkeit mit dem Gesetze zu erweisen, indem man es auf denselben *Urgrund* wie dieses zurückführt.

So verfuhren die römischen Juristen der Kaiserzeit. Sie lehrten, der Wille des Volkes sei der Grund des Rechts. Es könne aber keinen Unterschied machen, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung kundgebe oder durch die Übung.[3] Andere Wege schlug man in der Neuzeit ein. Im achtzehnten Jahrhundert sah man vielfach in den Gesetzen allein die normale Rechtsquelle; die Kraft der Gewohnheit sollte daher nur auf stillschweigender *Genehmigung* des Gesetzgebers beruhen.[4] Die historische Schule trat dem entgegen. Sie ging dabei von der Voraussetzung aus, daß die *Volksüberzeugung* Verbindungskraft habe, und leitete aus ihr die Gewohnheit ab wie das Gesetz. In der Gewohnheit spiegelte sich die Volksüberzeugung unmittelbar, im Gesetze mittelbar wieder.

In Wirklichkeit sind solche Erörterungen philosophische Erklärungen, welche indessen für die Verbindungskraft des Gewohnheitsrechts keine Be-

---

im Archiv für ziv. Praxis Bd. 66 n. 13. Rümelin in Iherings Jahrb. Bd. 27 n. 3. Franken, Juristenrecht 1889. Schuppe, Kritik der beiden ersten §§ des Entwurfs 1890. Neukamp im Archiv für bürg. Recht Bd. 12 S. 89. S. Brie, die Lehre vom Gewohnheitsr. Bd. 1 1899. A. Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre v. Gewohnheitsr. 1901; vgl. auch A. Pernice, Parerga X, Zeitschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 20 S. 127, Bd. 22 S. 59. — Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht 1898. Stier-Somlo, die Volksüberzeugung als Rechtsquelle 1900.

2) Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 Abt. 1, 4. Aufl. S. 28, hebt mit Recht hervor, daß das Gesetz formell dem Gewohnheitsrechte weit überlegen ist. Wenn aber in der neueren Zeit die Wertschätzung des Gesetzesrechts gegenüber dem Gewohnheitsrechte stieg, so sollte man nicht übersehen, daß die *schöpferische* Kraft der Gesetzgebung eine sehr geringe ist, vor allem auf dem Gebiete des Privatrechts, und daß in dieser Hinsicht das Gewohnheitsrecht sie überragt.

3) l. 32 § 1 D. de legibus 1, 3. Julianus libro 84 Digestorum: Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur, moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Dies schrieben dann die anderen nach: Ulp. fragm. I § 4: mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus. vgl. l. 35 D. h. t. 1, 3. Vgl. hierzu Pernice a. a. O. Bd. 20 S. 156.

4) Vgl. hierüber Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 1 S. 23.

deutung haben. Seine Kraft ist eine historische Tatsache, ein gegebener Grundfaktor unseres Rechts.[5]

Hiernach ist es ungerechtfertigt, wenn Gerichte bei der Prüfung der Frage, ob ein Gewohnheitsrecht bestehe, außer der Tatsache langjähriger Rechtsgewohnheit fordern, daß ihnen deren Übereinstimmung mit einer Volksüberzeugung erhelle. Ein solches Erfordernis ist dem positiven Rechte fremd. Nichts legitimiert den Richter dazu, diese Anforderung zu stellen.

§ 21. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts.

Langjährige Rechtsgewohnheiten des Volkes oder eines Kreises des Volkes bilden Gewohnheitsrecht. Es wird also gefordert:

1. eine Gewohnheit, d. h. ein *gleichförmiges Tun oder Lassen*. Nach der jeweiligen Sachlage ist zu beurteilen, wie viele Fälle genügen. Aus ihr erhellt, ob einzelne Abweichungen vom Gewöhnlichen oder ob entgegengesetzte Handlungen als bloße Abnormitäten anzusehen sind, welche der Annahme einer Gewohnheit nicht entgegentreten, oder ob sie die Gewohnheit in Frage stellen.

Die Gewohnheit ergibt sich vorzugsweise aus *Handlungen*. Aber auch *Unterlassungen* genügen, wenn sie ersichtlich das Ergebnis von Willensentschlüssen sind. Ein Beispiel wäre, wenn sämtliche Neubauten in einer Stadt lange Zeit hindurch einen bestimmten Minimalabstand von der Grenze einhielten.

2. Es muß eine *langjährige Übung* vorliegen.[1] Mit Unrecht haben sich manche Neuere um deswillen dagegen erklärt, weil die Volksüberzeugung auch in einem einmaligen Geschehen hervortreten könne. In der Tat ist die dauernde Übung ein wesentliches Element für die Bildung des Gewohnheitsrechts. Dem Menschengeist wohnt Ehrfurcht vor dem Althergebrachten inne und die Scheu, dasjenige anzutasten, was lange bestand. Denn das Bestehende läßt sich in seinen Einflüssen, seinen Vorteilen wie Nachteilen übersehen. Wie dasjenige wirken wird, was man an die Stelle setzen wollte, kann erst die Zukunft lehren. Das fühlt das Volk instinktiv und deshalb will es, daß an alten guten Gewohnheiten festgehalten werde.

Die Zeit ist ein wesentlicher Faktor wie bei der *Gewohnheit*, so auch bei der *Verjährung*. Aber die Gewohnheit bildet Recht im objektiven Sinne, also eine Rechtsnorm, die Verjährung begründet oder ver-

5) An die Stelle der Frage nach dem Grunde der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts tritt neuerdings folgerecht die Frage nach dem verbindenden Grunde der Gesetze überhaupt, d. h. der Rechtsnormen. Sie gehört offenbar der Rechtsphilosophie an. Mit ihr beschäftigt sich namentlich Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, sowie Zitelmann a. a. O. S. 446, Stammler, Wirtschaft und Recht S. 486 ff.

1) Die römischen Quellen reden von longa, inveterata consuetudo, vgl. die oben § 20 Anm. 3 angeführten Stellen; daher lautet auch die Überschrift des Digestentitels 1, 4 „de legibus et . . . longa consuetudine". Insbesondere fordert Hermogenian in der l. 35 D. h. t.: „quae longa consuetudine comprobata sunt et per plurimos annos observata". Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 47 n. 90 (RG.).

nichtet Recht im subjektiven Sinn, also ein Berechtigung, sie bezieht sich nur auf ein einzelnes Verhältnis.

3. Die langjährige Übung muß eine Rechtsgewohnheit, d. h. sie muß zu einer Rechtsregel geworden sein. Dies ist es, was man herkömmlicherweise als das Erfordernis der opinio necessitatis bezeichnet.

Das bloß aus Rücksichten der Sitte, des Anstandes lange Zeit Geübte ist daher nicht Gewohnheitsrecht.

Von dem Gewohnheitsrecht scharf zu unterscheiden ist der bloße Geschäftsgebrauch, d. h. was bei Geschäften gewisser Art meistens vorkommt, ohne daß es zu einer Rechtsregel wird. Man vermutet hier, daß die Beteiligten das allgemein Gebräuchliche bei ihren Geschäften wollten, es bildet also im Zweifel einen Bestandteil ihrer Vereinbarung, aber es ist nicht eine Norm des objektiven Rechts. Dahin gehört z. B. der Gebrauch, daß bei Kaufgeschäften gewisser Art dem Käufer ein Abzug — Rabatt — vom Kaufpreise verstattet werde.[2] Den Geschäftsgebrauch bezeichnet man häufig als Usance.

Wiederholte irrtümliche Auslegung eines Gesetzes bildet noch kein Gewohnheitsrecht. Aber es kann aus ihr ein Gewohnheitsrecht erwachsen, indem das lange Zeit Geübte schließlich um der langjährigen Übung willen selbständige Autorität gewinnt.[3]

4. Es muß sich um eine Übung des Volkes oder eines Kreises der Volksgenossen handeln. Man pflegt hiernach zu unterscheiden: gemeine Gewohnheiten, die das Volksganze beherrschen, und Herkommen oder Observanzen, die nur ein engeres Geltungsgebiet haben, z. B. einzelne kommunale Verbände, Standesgenossen.

5. Die Rechtsgewohnheit muß auch eine löbliche sein, um Gewohn-

---

2) Für den Geschäftsgebrauch gilt der Satz: l. 31 § 20 D. de aedil. edicto 21, 1 Ulpianus libro ad edictum aedilium curulium — ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire. Aber dieser Satz gilt für den Geschäftsgebrauch nur, wenn sich ihm die Parteien unterwerfen, sei es, daß sie seinen Inhalt speziell kannten, oder daß sie sich ihm allgemein unterwarfen, ohne den Inhalt zu kennen, z. B. sie kontrahieren ein Börsengeschäft zu Berlin auf Grund der Usancen der Berliner Börse, ohne diese speziell zu kennen. Vgl. auch ROHG. Bd. 22 S. 371. Über derartige „Handelsgebräuche" können nach dem Gerichtsverfassungsgesetze des Reiches § 118 die Kammern für Handelssachen aus eigener Sachkunde und Wissenschaft entscheiden. Über die Befugnisse anderer Richter in dieser Hinsicht siehe RG. Bd. 2 S. 383. — Vgl. übrigens Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897.

3) In der l. 39 D. de leg. 1, 3 entscheidet Celsus libro 23 Digestorum: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet. Viele, z. B. Windscheid § 16 Anm. 3, leiten hieraus den Satz ab, daß Gewohnheitsrecht nicht auf Irrtum beruhen dürfe. Celsus aber geht gerade umgekehrt davon aus, daß sich auf Grund eines ursprünglichen Irrtums ein Gewohnheitsrecht gebildet habe — consuetudine optentum est — und entscheidet nur, daß aus derartigen irrationalen, mehr zufälligen Rechtsbildungen analoge Schlüsse nicht zu machen seien. Des Irrtums gedenkt er, um anschaulich zu machen, wie es komme, daß sich das irrationale Gewohnheitsrecht einbürgerte, siehe unten § 27. Vgl. vorzüglich Zitelmann a. a. O. S. 323, Rümelin a. a. O. S. 169, Brie a. a. O. S. 27. Nach Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 20 S. 167 ff. und Kipp bei Windscheid § 16 Anm. 3 S. 86 ist der Irrtum überhaupt gleichgültig.

heitsrecht zu machen, d. h. sie darf nicht gegen die gesunde Vernunft[4] und die guten Sitten verstoßen.[5]

§ 22. Die Kraft des Gewohnheitsrechts.

Ob ein Gewohnheitsrecht im gegebenen Falle vorhanden ist, wird häufig zweifelhaft sein, denn die Tatsachen, durch welche es dargetan werden soll, sind oft erst durch weitläufige Vorgänge, insbesondere durch Zeugenaussagen über die einzelnen Fälle der Übung festzustellen. Aber auch die Rechtsfrage, ob sich aus den erwiesenen Tatsachen ein Gewohnheitsrecht ergibt, bietet häufig Schwierigkeiten. Denn die rechtlichen Kriterien des Gewohnheitsrechts lassen, wie sich ergab, dem richterlichen Ermessen einen sehr weiten Spielraum.[1] Dies macht sich in solchen Epochen weniger fühlbar, in welchen ungelehrte Gerichte urteilen, welchen die Kenntnis der in ihrem Kreise bestehenden Gewohnheiten unmittelbar innewohnt. Nach der Einsetzung gelehrter Gerichte aber, denen die Gewohnheiten des Ortes oder eines Standes fast fremd waren, trat die Unsicherheit des Gewohnheitsrechts scharf hervor. Die juristische Praxis und die ältere Doktrin war deshalb dem Gewohnheitsrechte sehr abgeneigt. Die historische Schule hatte dagegen nur Auge für seine idealen Vorzüge, nicht für die formalen und praktischen Unvollkommenheiten.

Diese verschiedene Schätzung des Gewohnheitsrechts macht sich in folgenden Streitfragen geltend:

1. Seit der Glossatorenzeit war gemeine Meinung, daß der Richter von Amts wegen zwar die Gesetze zu kennen, nötigenfalls zu erkunden habe, daß aber Gewohnheiten, wie Tatsachen, wenn sie nicht notorisch seien, dem Richter von den Parteien bewiesen werden müßten, sofern sie sich auf dieselben stützten.[2]

Dagegen erklärte Puchta,[3] es sei Pflicht des Richters, das Recht zu kennen. Da nun Gewohnheitsrecht nicht minder Recht sei wie Gesetzesrecht, so habe der Richter auch die Gewohnheitsrechtssätze, die nicht gerichtskundig seien, von Amts wegen zu erforschen.

Ist dies gleich logisch, so handelt es sich doch auch um praktische Erwägungen. Auf Grund derselben nimmt ZPO. § 293 einen vermittelnden Standpunkt ein. Der Richter hat hiernach das Gewohnheitsrecht ohne weiteres anzuwenden, wenn es gerichtskundig ist, es vom Amts wegen zu erforschen, wenn ihm dies der Sachlage entsprechend scheint, z. B. eine

4) l. 2 C. quae sit long. cons. 8, 52, verb. „ut rationem vincat", nov. 134 cap. 1, vgl. cap. 11, cap. ult. X de cons. 1, 4. Viele leugnen freilich dies Erfordernis.

5) RG. Bd. 11 S. 212, Bd. 12 S. 292, Bähr, Urteile des RG. S. 18

1) Schon die Römer bezeichneten das Gewohnheitsrecht als incertum jus, l. 2 § 3 D. de orig. jur. 1, 2.

2) glossa „probatis his" zu l. 1 C. h. t. jus non scriptum pendet ex facto; factum esse necesse probari; Brie a. a. O. § 16, § 22.

3) Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 151 ff., ergänzend Brie a. a. O. S. 49 ff.

behauptete örtliche Gewohnheit über Kirchenbaulast beim Konsistorium der Provinz zu erfragen.[4] Amtliche Erklärungen, welche die Gewohnheit unmittelbar bezeugen, können dabei genügen, auch ohne ausreichende Anführung einzelner Fälle. Hiervon abgesehen haben die Parteien die Tatsachen, auf welche sie die Behauptung des Gewohnheitsrechts stützen, wie andere Tatsachen zu beweisen.[5]

2. Alte Streitfrage ist, ob Gewohnheiten die Kraft haben, ältere Gesetze zu beseitigen. Dies bejaht mit ausführlicher Begründung der Jurist Julianus in den Pandekten und es verneint mit trockener Kürze, aber mit derselben Bestimmtheit der Kaiser Konstantin im Kodex. Jenes unbedingte Ja und dieses unbeschränkte Nein zu vereinigen, ist unmöglich, wenn man den Äußerungen nicht Gewalt antun will.[6]

Die neuere Theorie und Praxis erkennt die derogatorische Kraft jüngerer Gewohnheiten gegenüber älteren Gesetzen an. Man kann sich hierfür auf das kanonische Recht stützen, welches dem Gewohnheitsrecht zwar die Kraft versagt, natürliches und göttliches Recht umzustoßen, nicht aber positive Gesetze zu beseitigen.[7] Es lehrt aber auch die Erfahrung, daß Gesetze der zerstörenden Einwirkung widersprechender Gewohnheiten mit der Zeit unterliegen.

---

4) ZPO. § 293 bestimmt, der Richter sei „befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen". — Was aber „Befugnis" des Richters bildet, ist stets auch dessen Pflicht, wo die Sachlage die Anwendung erfordert. Denn der Richter hat nie nach Willkür zu handeln, auch nicht wo sein freies Ermessen stattfindet. — Die in neueren Gesetzen oft wiederkehrende Ausdrucksweise „der Richter ist befugt" oder „er kann" ist unangemessen, weil dies leicht verdunkelt.

5) Der Richter ist nicht verpflichtet, den angebotenen Beweis über ein angebliches Gewohnheitsrecht zu erheben, von dessen Nichtbestehen er unmittelbar Kenntnis hat, oder von dessen Bestehen er selbst unter Voraussetzung der unter Beweis gestellten Tatumstände sich nicht überzeugt halten würde, RG. Bd. 3 S. 149.

6) l. 32 § 1 D. de legibus 1, 3 Julianus libro 84 Digestorum: quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. — l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52. Imp. Constantinus: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento ut aut rationem vincat aut legem. Die herkömmliche Vereinigung beruht auf der Erklärung, daß partikulares Gewohnheitsrecht ein gemeines Recht nicht aufheben könne. Dieser Versuch hat ein historisches Interesse, vgl. oben § 3 Anm. 1; derzeit vertritt ihn noch Regelsberger Bd. 1 § 23. Er beruht nicht auf richtiger Methode. In der l. 2 C. h. t. ist nichts zu finden, was auf „partikulare Gewohnheiten" und ihr Verhältnis zu „gemeinen" Gesetzen hinweist. Es setzt diese Erklärung voraus, daß Konstantin gerade diejenigen Momente, von denen er seine Entscheidung abhängig machen wollte, verschweige. Vgl. jedoch Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 163, Pernice a. a. O. Bd. 20 S. 155, wie hier Brie a. a. O. S. 38 ff. Manche geben der Kodexstelle den Vorzug, so Zoll in Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 416. ff; Eisele im Archiv für ziv. Praxis Bd. 69 S. 296 ff.; Scialoja im Archiv. giurid. Bd. 24 S. 120 ff.: Landucci und Scialoja in den Atti della Accademia di Scienze in Padua 1885 und 1886.

7) cap. ult. X de cons. 1, 4, Brie a. a. O. §§ 10, 11. RG. Bd. 5 S. 133 nimmt hiernach an: Es vermag ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken. Übereinstimmend RG. in Seuff. Arch. Bd. 52 n. 1.

§ 23. Gerichtsgebrauch.

Eine dem Gewohnheitsrecht verwandte, aber eigenartige Rechtsquelle ist der Gerichtsgebrauch. Seine Verbindungskraft ist bestritten.[1] Die Vorfrage ist, was man unter Gerichtsgebrauch versteht.

Einzelne Präjudizien eines Gerichtes, auch des höchsten, bilden keinen Gerichtsgebrauch.[2] Kommt die in ihnen entschiedene Rechtsfrage in einem neuen Prozeß wieder zur Verhandlung, so ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, der Kritik das Ohr offen zu halten. Eigensinniges Festhalten an unzutreffenden Präjudizien ist der Rechtspflege und der Autorität des Gerichtes ebensowenig förderlich, als leichtes Aufgeben derselben ohne durchschlagende Gründe. Ein maßgebender Gerichtsbrauch existiert auch nicht, solange die Gerichte desselben Staats- und Rechtsgebietes in so verschiedener Weise urteilen, daß ein fester Zustand sich nicht bildet.

Gerichtsgebrauch ist die allgemeine, gleichförmige und langjährige Übung eines Rechtssatzes durch die Gerichte des Rechtsgebietes.

Der Gerichtsgebrauch hat Gesetzeskraft wie das Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht im engeren Sinne ist der Gerichtsgebrauch aber nicht, denn dieses geht aus den Handlungen oder Unterlassungen der Beteiligten hervor. Die Gewohnheit bildet Volksrecht, der Gerichtsgebrauch Juristenrecht.[3] Die Verwandtschaft liegt aber darin, daß eine langjährige Rechtsübung bestehe, die um ihres Alters willen Autorität und Gesetzeskraft in Anspruch nimmt.

Diese Kraft hat der Gerichtsgebrauch auch gegenüber dem geschriebenen Gesetz. Allerdings soll der Richter die Gesetze anwenden, er ist nicht befugt, dieselben zu verändern oder gar aufzuheben. Allein auch das Gesetz kann sich nur durch Betätigung erhalten. Ist es jahrhundertelang vergessen oder mißverstanden, ist es der Wirklichkeit fremd geworden, so widerspricht es der Gerechtigkeit, dasselbe in seinem ursprünglichen Sinn dem Leben aufzudrängen. Nach dem Gerichtsgebrauch haben sich die Verhältnisse gestaltet, er gilt dem Verkehr als Recht. Das Gesetz hat aufgehört, das Recht zu sein. Der Gerichtsgebrauch hat es beseitigt oder umgestaltet und seinerseits Gesetzeskraft gewonnen.

1) Wächter, Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauch im Archiv für ziv. Praxis Bd. 23 S. 432. Albert, d. Gerichtsgebr. Gött. Inaug.-Diss. 1890. Pernice a. a. O. Bd. 20 S. 142, Brie a. a. O. § 8. Vgl. auch O. Bülow, Gesetz und Richteramt 1885; Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 262.

2) Nichts anderes besagt die l. 13 C. de sententiis 7, 45 von Justinian, welche man oft gegen die Verbindungskraft des Gerichtsgebrauches anführt. Dem Unterrichter sollen, heißt es hier, die Präjudizien der Oberrichter, welche er für unrichtig hält, nicht maßgebend sein, „cum non exemplis, sed legibus judicandum est."

3) l. 38 D. de legibus 1, 3. Callistratus libro 1 quaestionum. Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis optinere debere. Der Gerichtsgebrauch wird hier mit Recht der Gewohnheit zur Seite gestellt, nicht ihr untergeordnet. Das Gesetz ist schon dann zweideutig, wenn es der Gerichtsgebrauch anders ausgelegt hat, als es der Interpret für richtig hält.

§ 24. Außerkrafttreten der Gesetze.[1]

Gesetze verlieren ihre Wirkungskraft entweder aus Gründen, die *in ihnen selbst liegen*, oder durch *neue Gesetze*. Unter Gesetz verstehen wir hier jede Rechtsnorm.

1. Es kommt vor, daß Gesetze von vornherein ihrer Wirkung eine *zeitliche Grenze* setzen. Sie werden etwa für bestimmte Ausnahmezustände erlassen, z. B. für die Dauer eines Kriegszustandes, oder für gewisse Zeit, wie dies z. B. bei den deutschen Sozialistengesetzen der Fall war, so daß sie mit Eintreten des Endtermins ihre Kraft einbüßten.

Das Gesetz verliert seine Kraft ferner, wenn die *Verhältnisse*, für welche es bestimmt war, *dauernd beseitigt sind*; ja selbst dann, wenn man nachträglich erkennt, daß diese Verhältnisse nicht vorkommen können. Gesetze z. B. gegen Hexen[2] wurden gegenstandslos, als man die Unmöglichkeit der Hexerei einsah.

Dagegen hört die Wirkungskraft eines Gesetzes dadurch allein nicht auf, daß sich die Umstände, welche es hervorriefen, geändert haben.[3] Dies kann nur eine Veranlassung dazu geben, das Gesetz aufzuheben.

2. In der Regel verlieren die Gesetze ihre Kraft nur durch *widersprechende jüngere Gesetze*. Das drückt der Satz aus: lex posterior derogat priori.[4]

Der Widerspruch kann entweder im jüngeren Gesetze *speziell erklärt* sein oder sich mittelbar aus dessen materiellen Bestimmungen ergeben.

a) Das Wünschenswerte ist, daß das jüngere Gesetz die Gesetze speziell und erschöpfend bezeichnet, welche es beseitigt. Dies Verfahren ist aber nicht allgemein durchführbar. Oft wirkt ein neues Gesetz der Art auf den bisherigen Rechtszustand ein, daß kaum übersehbar ist, wohin es seinen Einfluß erstreckt, oft modifiziert es bloß die alten Gesetze, ohne sie völlig außer Kraft zu setzen. In solchen Fällen überläßt es der Gesetzgeber der Wissenschaft und Praxis, festzustellen, wie weit die Aufhebung reicht.

b) Soweit es an einer speziellen Bezeichnung der aufgehobenen älteren Gesetze fehlt, ist die Aufhebung aus dem Inhalt des neuen Gesetzes darzutun. Und zwar muß der Widerspruch mit dem älteren Gesetze unzweideutig zutage treten. Denn *das ältere Gesetz bleibt wirksam, soweit es mit dem jüngeren vereinbar ist*.[5] Es hat für sich, daß es besteht, und wirkt daher so lange weiter, als die Aufhebung nicht klar ersichtlich ist. Es genügt namentlich nicht, daß sich das neue Gesetz auf denselben Gegen-

---

1) Eisele im Archiv für ziv. Praxis Bd. 69 S. 283, Regelsberger Bd. 1 § 26.

2) Vgl. z. B. die Erwähnung der Hexerei in l. un. C. de thesauris 10, 15.

3) Man drückt dies nicht selten so aus: cessante ratione legis non cessat lex ipsa. Wer aber unter ratio legis den *Grundgedanken* des Gesetzes versteht, sagt umgekehrt: cessante ratione legis cessat lex.

4) Vgl. l. 4 D. de const. princ. 1, 4.

5) l. 28 D. de leg. 1, 3. Vgl. Einf. Ges. z. BGB. Art. 32.

stand — „dieselbe Materie" — bezieht wie das alte, um dasselbe außer Kraft zu setzen.

Insbesondere erhalten sich die neben einer Regel stehenden Sonderrechte im Fall gesetzlicher Änderung der Regel.[6]

Man drückt diese Grundsätze durch den Spruch aus: correctoriae leges sunt stricte interpretandae.[7]

Einen Gegensatz zu den korrektorischen Gesetzen bilden die sog. Kodifikationen. Sie schreiben die Aufhebung aller Gesetze vor, welche in die von ihnen geordneten Materien einschlagen[8]

Drittes Kapitel.

Arten der Rechtsnormen.

§ 25. Zwingende Gesetze.[1]

Die Gesetze sind teils zwingende, teils nichtzwingende. Auch hier bedienen wir uns des Ausdruckes Gesetz für jede Rechtsnorm.

Zwingende Gesetze — jus publicum — regeln die ihnen unterstehenden Verhältnisse derart, daß sie abweichenden Festsetzungen der Beteiligten keinen Raum lassen.[2] Den Interessenten steht es

---

6) Bei Veränderungen der Landeshoheit bedarf es eines besonderen gesetzgeberischen Aktes, um das bisher geltende Privatrecht außer Kraft zu setzen. Dasselbe behält also unveränderte Geltung, solange ein solcher Akt nicht erfolgt. Auch bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen ist im Zweifel davon auszugehen, daß das Gebiet, auf welches sie sich erstrecken, durch eine Veränderung der politischen Grenzen nicht betroffen ward. RG. Bd. 42 S. 304.

7) Bei bloß temporär erlassenen Gesetzen erhält nach Eintritt des Endtermins in der Regel das frühere Gesetz wieder Geltung. Wird dagegen ein Gesetz ohne Zeitbeschränkung in Kraft gesetzt und später aufgehoben, so erlangt nicht etwa das früher in Geltung stehende Gesetz wieder Wirksamkeit, vielmehr fehlt es dann an einer besonderen Rechtsnorm über den Gegenstand. Er regelt sich daher nach allgemeinen Grundsätzen.

8) Vgl. oben § 5 Anm. 2. Wichtige Beispiele sind folgende: Die „prozeßrechtlichen" Vorschriften der Landesgesetze hob auf § 14 des Einführungsgesetzes zur ZPO. Dabei bleibt vielfach im Zweifel, ob eine Norm eine „prozeßrechtliche" oder eine „materiellrechtliche" ist. Das Einführungsgesetz zum Reichsstrafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 § 2 setzt außer Kraft das Reichs- und Landesstrafrecht, „insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand dieses Strafgesetzbuches sind". Das Einf.Ges. zum BGB. Art. 55 verfügt: Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

1) Ehrlich, das zwingende und nichtzwingende Recht. 1899.

2) l. 38 D. de pactis 2, 14, Papinianus libro 2 quaestionum: Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Bülow, dispositives Zivilprozeßrecht im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 49 behauptet, dieser Satz Papinians beziehe sich nicht auf eine bestimmte Art der Gesetze, er solle die Majestät jeder Gesetzesnorm gegenüber dem Privatwillen wahren. — Richtig ist, daß der Wille der einzelnen nicht weiter Wirkung hat, als dies das Gesetz gestattet, daß von einer „Änderung des Rechts als solchen durch den Parteiwillen" nicht die Rede sein kann. Dies sind aber Wahrheiten, welche die römischen Juristen voraussetzen und mit denen sie sich hier nicht beschäftigen.

frei in das Rechtsverhältnis einzutreten, tun sie dies aber, so unterliegen sie dem zwingenden Gesetze unabweislich. Zwingend sind vor allem Gesetze, welche aus der Eigenart eines Rechtsinstitutes notwendig folgen, z. B. die Pflicht des Zusammenlebens der Ehegatten, oder das Recht des Pfandgläubigers zum Verkauf der Pfandsache.[3] Nicht selten erhält eine Rechtsnorm den zwingenden Charakter aus Rücksichten des allgemeinen Wohles und aus rechtspolizeilichen Gründen; es ist namentlich rechtlich unzulässig, was gegen die guten Sitten verstößt.[4]

Die zwingenden Gesetze sind entweder *Gebots- oder Verbotsgesetze*, je nachdem sie ein Gebot oder ein Verbot aussprechen.

Die Folgen, welche sich an die Übertretung eines Verbotes knüpfen, können verschieden bestimmt sein.[5] Im Anschluß an eine Äußerung Ulpians[6] macht man folgende Unterscheidungen:

a) Die leges perfectae erklären die Übertretung des Gesetzes für *nichtig*. Es ist z. B. das Versprechen immerwährender Ehelosigkeit ungültig. Mit der Nichtigkeit kann sich Strafe verbinden; so waren z. B. wucherische Geschäfte, welche gegen das Gesetz vom 24. Mai 1880 verstießen, nichtig und strafbar.

b) Die leges minus quam perfectae bedrohen eine Handlung mit *Strafe, ohne sie für nichtig zu erklären*. Beispielsweise war nach römischem Rechte die Ehe, welche eine Witwe im Trauerjahre schloß, zwar nicht nichtig, hatte aber für die Beteiligten die Strafe der Infamie und andere Nachteile zur Folge.[7]

c) Die leges imperfectae drohen weder Nichtigkeit noch Strafe an, suchen aber die verbotene Handlung *auf andere Weise zu verhindern*.[8]

Die l. 5 C. de legibus 1, 14 von Theodosius und Valentinian erklärt, daß gesetzliche Verbote die Androhung der Nichtigkeit der Zuwiderhandlung in sich schließen.[9] Es ist

---

Ihnen handelt es sich um die konkrete Frage, inwieweit man sich den Vorschriften eines einzelnen Gesetzes durch Privatvereinbarungen entziehen kann, und danach teilen sie die Rechtsnormen ein. Deshalb sagt Papinian libro 14 quaestionum, l. 3 D. qui test. facere possunt 28, 1: Testamenti factio non privati sed publici juris est, womit er die Vorschriften über Testamentsfähigkeit als einer besonderen Art von Rechtsnormen — den zwingenden — zugehörig bezeichnet. Vgl. l. 1 § 10 D. de o. n. n. 39, 1, l. 45 § 1 D. de R. J. 50, 17, l. 27 D. eod.

3) l. 4 D. de pigneraticia actione 13, 7. BGB. § 1228.

4) l. 26 D. de verb. obl. 45, 1: Ulpianus libro 42 ad Sabinum: Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.

5) Fr. Endemann, zivilrechtl. Wirkung d. Verbotsgesetze 1887.

6) Ulpiani fragm. tit. 1 § 2: Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum sit non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit. Die Stelle ist verstümmelt. Ob sie wirklich von leges perfectae und imperfectae sprach, ist bestritten.

7) l. 8 ff. D. de his, qui not. 3, 2, l. 1 ff. C. de secundis nuptiis 5, 9.

8) Das klassische Beispiel des römischen Rechts war die lex Cincia, welche größere Schenkungen verbot, sie aber weder für nichtig noch für strafbar erklärte. Der Magistrat gab keine Klage, solange die Schenkung nicht rechtlich und tatsächlich vollendet war.

9) Das im Jahre 213 erlassene Reskript von Antoninus l. 6 C. de pactis 2, 3 bestimmt ähnlich: pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores

dies eine Auslegungsregel für römische Verbotsgesetze, sie galt daher im justinianischen Rechte nur, wenn das Gesetz selbst nichts anderes verfügte. Auf Verbotsgesetze der neueren Zeit kann die römische Auslegungsregel nicht angewendet werden. Vielmehr ist aus Wort und Sinn der Gesetze zu entnehmen, welche Folgen sich an die Zuwiderhandlung knüpfen sollen.[10]

Das Verbot trifft nicht nur, was der Verfügung des Gesetzes unmittelbar widerstreitet, sondern auch was in fraudem legis geschieht, d. h. das Verbotene auf Umwegen erstrebt,[11] die das Gesetz nicht unmittelbar vorgesehen hat. Dies gilt namentlich dann, wenn das Verbotsgesetz nicht bloß einen bestimmten Weg zu einem Ziele ungangbar machen, sondern einen materiellen, insbesondere wirtschaftlichen Erfolg verhindern will.[12] Verbietet es z. B., gewissen Personen etwas letztwillig zuzuwenden, so soll ihnen auch nichts durch Vorschiebung Dritter hinterlassen werden.[13]

Die Auslegung des Gesetzes kann indessen auch ergeben, daß es nur bestimmte, ihm vorzugsweise gefährlich erscheinende Geschäftsweisen treffen will, wobei es für Handel und Verkehr bedenklich erachtet, alle verwandten, den gleichen oder ähnlichen Zwecken dienenden Geschäfte in Frage zu stellen. Beispielsweise verbot Kaiser Konstantin die lex commissoria pignorum d. h. eine Klausel, wonach die Pfandsache dem Pfandgläubiger bei nicht rechtzeitiger Zahlung der versicherten Forderung anstatt derselben verfallen sein soll. Ein bedingter Verkauf der Pfandsache an den Pfandgläubiger zum Schätzungswert für den Fall des Ausbleibens der Zahlung wurde hierdurch nicht betroffen.[14] [15]

---

fiunt, nullam vim habere indubitati juris est. Dasselbe hatte aber eine beschränkte Bedeutung und erklärt sich aus l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14.

10) Das RG. Bd. 5 S. 124 hat dagegen die römischen Gesetze zur Auslegung eines für Hannover erlassenen preußischen Gesetzes über Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien benutzt. Hiernach wurden die Geschäfte über solche Lose nicht bloß für strafbar, sondern auch für nichtig erklärt. Vgl. auch RG. Bd. 18 S. 243. Nach BGB. § 134 ist ein gegen gesetzliches Verbot verstoßendes Geschäft nichtig, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt".

11) l. 29 D. de leg. 1, 3: Paulus libro singulari ad legem Cinciam: Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. L. 30 D. eod., l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14. In älteren römischen Gesetzen wurde ausdrücklich reszindiert quae in fraudem facta sunt, vgl. bezüglich der lex Fufia Caninia Gaj. Inst. I § 46.

12) Sehr gut Kohler, Studien über Mentalreservation in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 144. Vgl. Hellwig im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 369 ff., Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 52 ff., Barthelmes, das Handeln in fraudem legis, Göttinger Inaug.-Diss. Berlin 1889, G. A. Leist, die Sicherung von Forderungen, Jena 1889 S. 88 ff., Iwo Pfaff, z. L. v. d. sog. in fraudem legis agere 1892 und dort S. 20 ff. Ferner P. Neff, Beiträge zur Lehre v. d. fraus legi facta, Berliner Inaug.-Diss. 1895, Linckelmann, die Sicherheitsübereignungen im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 7 S. 209 mit Nachwort von Kohler.

13) Vgl. l. 3 § 3 D. de S. C. Mac. 14, 6 und l. 64 § 1 D. de cond. 35, 1: Terentius Clemens libro 5 ad legem Juliam et Papiam. Quod si ita scriptum esset, „si Ariciae non nubserit" interesse, an fraus legi facta esset, nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum.

14) l. 3 C. de pactis pignorum 8, 34.

15) l. 16 § 9 D. de pignoribus 20, 1. Wir folgen den Quellen, indem wir nur

§ 26. Nichtzwingende Gesetze.[1]

Zahlreiche Gesetze regeln die ihnen unterstehenden Verhältnisse nicht zwingend, lassen vielmehr *abweichender Ordnung durch die Beteiligten Raum*. Nichtzwingende Gesetze sind besonders auf dem Gebiete des Privatrechts häufig; denn da es sich hier vorzugsweise um Privatinteressen handelt, so ist es natürlich, daß dem Parteibelieben ein weiter Spielraum bleibt. Aber auch das *öffentliche* Recht kennt *nichtzwingende* Normen, zu ihnen gehört ein großer Teil der Vorschriften des Zivilprozesses und selbst im Staatsrecht kommen sie vor, z. B. wenn eine Städteordnung Vorschriften gibt, die durch Gemeindestatut abgeändert werden können.

Man nennt herkömmlicherweise die Gesetze dieser Klasse *Dispositivgesetze*, weil sie „simpliciter disponunt, non prohibent". Treffend ist diese Bezeichnung nicht, denn alle Gesetze verfügen, auch die gebietenden. Richtiger ist es, einfach von nichtzwingenden Gesetzen zu reden. Damit wird das Charakteristische solcher Gesetze, nämlich die Negation des Zwanges, hervorgehoben.

Die Neueren haben sehr verschiedene Benennungen gewählt. Man spricht von „ergänzenden", von „vermittelnden" Gesetzen, von „nachgiebigem" oder „auslegendem" Recht. Keiner dieser Ausdrücke hat allgemeine Anerkennung gefunden.[2]

Die meisten betrachten die nichtzwingenden Gesetze als den Niederschlag der üblichen vertragsmäßigen Festsetzungen, als Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens der Parteien. Die Normen ergänzen bloß, sagt man, was der Privatwille unbestimmt gelassen hat; sie gelten als Ausdruck des im Rechtsgeschäft nur teilweise ausgesprochenen Willens der Kontrahenten.[3] Dieser Auffassung sind andere entgegengetreten: das Gesetz bestehe nicht durch den Willen der Beteiligten, es habe seinen Grund in sich.[4]

Das Richtige ist, zwei Arten nichtzwingender Gesetze zu unterscheiden:

a) Nicht selten handelt es sich in der Tat bloß um die Auslegung des Privatwillens. So beispielsweise bezüglich der Frage, was als „Zu-

von dem gewöhnlichsten Fall, nämlich der Umgehung eines *Verbotsgesetzes* sprechen. Die Umgehung eines gebietenden Gesetzes ist entsprechend zu behandeln.

1) Bülow, dispositives Zivilprozeßrecht im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 1 ff., Thudichum in Iherings Jahrb. Bd. 23 n. 5.

2) Savigny Bd. 1 S. 57 schlug den Namen „vermittelnde", Wächter, Württemb. PR. Bd. 2 S. 6 „ergänzende", Thöl, Einleitung in das Deutsche PR. S. 120 „privatrechtlich, abänderlich, nachgebend" vor. Windscheid § 30 spricht von „nachgiebigem Recht", Regelsberger Bd. 1 § 32 unterscheidet „ermächtigendes, ergänzendes und zwingendes Recht".

3) Dies war bis in die neueste Zeit herrschende Ansicht, vgl. Savigny Bd. 1 S. 57, Wächter, Württemb. PR. Bd. 2 S. 6, Keller, Pand. § 10, Goldschmidt, Handelsrecht S. 332.

4) Am schärfsten äußert sich Bülow a. a. O. S. 83: „Der Kultus der individuellen Willensmacht wird meistens so weit getrieben, daß sich das ergänzende objektive Recht seine Legitimation von der subjektiven Willensmacht erbitten muß, nur von der Gnade des allmächtigen Individualwillens sein Leben fristet."

behör" einer Sache gilt und der Regel nach mit ihr verkauft ist. Die Jurisprudenz hat in dieser Hinsicht aus dem regelmäßigen Verlauf im Verkehr und dem durchschnittlichen Willen der Beteiligten Schlüsse gezogen, die zu gesetzlichen Auslegungsregeln wurden.

b) Zahlreiche Dispositivgesetze haben ihre Grundlage nicht im vermuteten Willen der am Rechtsgeschäft Beteiligten. Diese Gesetze bestimmen vielmehr, was der Gesetzgeber für den Verhältnissen entsprechend und dem öffentlichen Nutzen förderlich hält; gleichwohl erachten sie es nicht für geboten, einer abweichenden Regelung durch die Interessenten entgegenzutreten.

Beispielsweise hat der Erbe nach der lex Falcidia das Recht, zu fordern, daß ihm der vierte Teil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen verbleibe, weshalb sich die Vermächtnisse, welche diese Quart überschweren, von Rechts wegen mindern. Nach justinianischem Rechte kann jedoch der Erblasser das Recht der Erben auf eine Quart letztwillig ausschließen: die lex Falcidia hat hiernach im justinianischen Rechte keinen zwingenden Charakter mehr. Der Gesetzgeber erachtet den Zweck dadurch als genugsam gewahrt, daß der Quartabzug die Regel bildet. Auf dem Willen des Erblassers beruht aber das Recht der Quart weder nach dem historischen Verlauf noch nach einer richtigen dogmatischen Auffassung.

§ 27. Singuläres Recht. Historische Anomalien.

Das Recht ist teils gemeines — jus commune[1] — teils besonders — jus singulare.

1. Gemeines Recht sind die dem Rechtssystem zugrunde liegenden Normen. Sie bilden die Regel des Rechts, welche zur Geltung kommt, soweit sie nicht durch besondere Rechtsnormen beschränkt wird.

2. Ausnahmen durchbrechen nicht selten die Rechtsregel. Und zwar sind sie verschiedener Art. Wir haben zu unterscheiden Sonderrechte und Rechtssingularitäten.

a) Sonderrechte schließen für einen Kreis von Fällen die gemeinen Regeln und Grundsätze aus besonderen Gründen aus, meist im Hinblick auf die Sittlichkeit oder die öffentliche Wohlfahrt.[2] Nicht selten kommt es vor, daß sich neue Rechtsgedanken zuerst in einzelnen Anwendungen geltend machen und ein älteres Prinzip durch Ausnahmen durchbrechen, bis schließlich, was Ausnahme war, zur Regel wird. Beispielsweise erkannte man in Rom den unmittelbaren Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter ursprünglich nur in besonderen Fällen an, später wurde dessen Zulässigkeit gemeines Recht.

b) Es können sich aber im Rechte auch Rechtssingularitäten, also wahre Anomalien finden;[3] und zwar vor allem aus historischen Gründen.

1) Beispielsweise wird in l. 36 § 4 D. de test. mil. 29, 1 das jus commune der Testamente dem Militärtestamente entgegengestellt.

2) Ein Sonderrecht dieser Art für Soldaten ist das Militärtestament. Sonderrechte dieser Klasse sind die Vorrechte gewisser Konkursgläubiger im Konkurs, RKO. § 61.

3) Diesen Fall hat einseitig im Auge Paulus libro singulari de jure singulari. l. 16 D. de leg. 1, 3: jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Daß Paulus, geistreich und zuweilen paradox, oft nur eine Seite beachtet und betont, ergeben die Zu-

Das Recht entwickelt sich im geschichtlichen Werdegang an einzelnen Fällen je nach den Bedürfnissen des Augenblickes. Nun hat zwar der menschliche Geist überhaupt das Bestreben, Gewordenes zur Einheit zu gestalten, doch erst auf höheren Stufen der Rechtswissenschaft gelangt dies Streben zur bewußten Herrschaft. Dann erdenkt man ein System und ordnet die Rechtssätze nach ihrem Grunde, ihrer ratio. Daneben aber bleibt ein Bestand von Rechtssätzen zurück, welche den Vorstellungen der Vergangenheit angehören oder die, aus allerlei Zufälligkeiten entstanden, sich dem System nicht einfügen. Sie bilden anomales Recht, denn ihnen fehlt die rationelle Grundlage. Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.[4] Trotzdem dürfen sie nicht in Frage gestellt werden: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur;[5] sie erhalten sich als Rudimente der Vergangenheit. Aber sie wachsen nicht mehr. Sie bleiben eingeschränkt auf ihren einmal gegebenen Boden, bis sie schließlich absterben.

Die rechtliche Behandlung beider Arten des Ausnahmerechts ist eine verschiedene. Rechtssingularitäten lassen eine Ausdehnung oder gar analoge Anwendung nicht zu: quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.[6] Auf Sonderrechte, die ihren besonderen rationellen Grund haben, ist dies nicht, wie oft geschieht, zu beziehen. Die in diesen liegenden Gedanken sind vielmehr voll und ganz durchzuführen. So verfuhren auch die Römer durchweg. Sie haben beispielsweise das Sonderrecht des S. C. Vellejanum, wonach Frauen für Schulden Dritter nicht eintreten sollen, nach seinem besonderen Grunde weit über dessen Worte hinaus entwickelt.[7]

Viertes Kapitel.

Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.

§ 28. Die Grundsätze der Interpretation.[1]

Interpretation — Auslegung — der Gesetze ist die Ermittlung und Feststellung ihres Inhaltes.

---

sammenstellungen bei Jhering, Besitzwille S. 269 ff. Vgl. über jus sing. Scharlach im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 435 ff., Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum das. Bd. 66 S. 348 ff., Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 23 S. 119, Regelsberger, Streifzüge im Gebiete des Zivilrechts 1892 I.

4) l. 20 D. de leg. 1, 3 Julianus libro 55 Digestorum. — Hierher kann man die altrömische usucapio pro herede rechnen, Gaj. Inst. II §§ 54 ff.

5) l. 21 D. de leg. 1, 3. Neratius libro 6 membranarum.

6) l. 14 D. de leg. 1, 3, Paulus libro 55 ad edictum. l. 23 § 3 D. de fideic. libert. 40, 5 sind nicht durchschlagend. Vgl. die Inaug.-Diss. von Graßhoff, Begriff und prakt. Bedeutung des jus. singulare, Göttingen 1890; siehe noch oben § 21 Anm. 3.

7) Dasselbe Ergebnis bei Windscheid Bd. 1 § 29 Anm. 3 und Regelsberger, Streifzüge S. 9.

1) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung 1806, Hufeland, über den Geist des

Die Interpretation geschieht entweder mittels Nachdenkens in freier Weise; dies ist die doktrinelle Interpretation, oder durch eine Rechtsquelle mit zwingender Kraft; dies ist die authentische Interpretation. Die doktrinelle Interpretation beruht auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe, die authentische herrscht durch ihre Autorität.

Die doktrinelle Interpretation ist Aufgabe der Rechtspraxis und der Wissenschaft. Die Praxis geht meist von einem besonderen Falle aus und untersucht, wie sich der Inhalt eines Gesetzes zu diesem Falle verhält. Die Wissenschaft stützt sich mehr auf allgemeine Anschauungen und ist bestrebt durch die Erläuterung des Gesetzes der Praxis vorzuarbeiten, aber Ziel und Methode müssen für Wissenschaft und Praxis dieselben sein.

Es gibt zwei Interpretationsmethoden, von denen nach den verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern bald die eine, bald die andere überwiegt. Die eine macht zur einzigen Grundlage das Wort; sie ist die des strengen Rechts — des jus strictum. Die andere ringt mit aller Kraft nach Ermittlung des Sinnes der Gesetze; sie gehört der Zeit billiger Behandlung des Rechts — der aequitas — an.

a) Das ältere römische Recht vertrat den Standpunkt der Wortinterpretation. Den Inhalt des Gesetzes entnahm man dessen einzelnen Worten; tiefer einzudringen bestand weder Fähigkeit noch Neigung. Es fehlte die geistige Freiheit, um derartiges zu versuchen, auch mochte man fürchten, durch Verlassen des festen Bodens der Worte das jus certum zu gefährden, welches man unter schweren Kämpfen durch die Zwölftafelgesetzgebung errungen hatte.[2]

b) Seit der römischen Kaiserzeit überwiegt die Auslegung nach dem Sinn der Gesetze. Celsus spricht dies grundsätzlich in der l. 17 D. de legibus 1, 3 aus: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.[3]

Man könnte fragen, wem anders wäre der Gedanke des Gesetzes zu entnehmen, als den Worten, in denen er formuliert und verkündet ist. Bildet Sinn und Wort nicht eine Einheit wie Geist und Körper? —

---

röm. Rechts 1815 Teil 1 n. II S. 1 ff., Kierulff S. 18 ff., Savigny Bd. 1 S. 206, G. H. Meyer in Gruchots Beiträgen Bd. 23 S. 1 ff., Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses Bd. 1 S. 450—474, Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 n. 1, Scialoja in der Festschrift für Schupfer III p. 303 ff., Reuterskiold über Rechtsauslegung, Upsala 1899. BGB. enthält über Auslegung der Gesetze keine allgemeinen Vorschriften. Die gemeinrechtlichen Grundsätze sind unberührt, sie haben öffentlichrechtliche Natur. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 §§ 6 ff.

2) Vgl. über die Wortinterpretation der Epoche des römischen jus strictum Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 S. 441 ff. — Daß die Wortinterpretation der alten Römer vielfach eine tendenziöse war, d. h. daß man für dasjenige, was man für Recht hielt, nur die Deckung im Wort suchte und nicht weniger in dasselbe legte, als aus demselben nahm, führt Jhering in belehrender Weise aus.

3) Das Prinzip der neueren Interpretationsmethode formulieren die l. 17, l. 18 und l. 19 D. de leg. 1, 3, alle drei aus den Digesten von Celsus. Auf demselben Boden steht die l. 24 D. eod. von Celsus, siehe unten § 29 Anm. 4.

Hierauf ist zu antworten: Der Gedanke des Gesetzes muß *in der Gesetzesurkunde ausgedrückt sein*, aus dieser spricht er zu uns, aber er braucht sich *nicht unmittelbar aus deren Worten* zu ergeben. Häufig erweckt der Gesetzestext in uns Vorstellungen, die in den einzelnen Worten des Gesetzes nicht ausgedrückt sind, und die wir doch mit Bestimmtheit als dem Gesetze angehörig erkennen.

Die Interpretation hat also nicht bloß das direkt im Gesetze Verfügte als maßgebend anzusehen, sondern ebensosehr das indirekt in ihm Ausgedrückte. Man kann dies als den „latenten Inhalt" des Gesetzes bezeichnen.

§ 29. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation.

Der Interpret hat alle sich darbietenden Mittel zu verwerten, um den im Gesetze liegenden Sinn zu finden.

Zuvörderst ist natürlich der *Text* des Gesetzes festzustellen,[1] und dies ist die Basis, nicht ein Bestandteil der Interpretation. Der Interpret muß berücksichtigen, daß, wie jedes Schriftwerk, so auch jedes Gesetz seinen besonderen Stil hat. Vorbedingung der Interpretation ist also Vertrautheit mit diesem Stil. Es ist zu beachten, in welcher Weise der Verfasser des Gesetzes das Wort handhabt, ob er der Rede Meister ist, oder ob er seine Gedanken nur unvollkommen und ungenau auszudrücken vermag, ob er abstrakt denkt und spricht oder konkret und anschaulich, ob er sich leicht in Nebendingen verliert oder die Hauptsache unmittelbar packt.

Man unterscheidet die *grammatische* und die *logische* Interpretation. Die grammatische liefert das aus den *Einzelworten*, die logische das *aus dem Zusammenhange des Gesetzes* geschöpfte Interpretationsmaterial.[2]

1. Vom Worte muß jede Interpretation ihren Ausgang nehmen. Vor allem ist das Verständnis der *technischen juristischen Ausdrücke* wichtig, welche der Gesetzgeber anwendet. In diesen Ausdrücken, z. B. Testament, Vergleich, Alimente, ist ein reicher Gedankeninhalt in knappster Form zusammengefaßt.[3] Zu beachten ist der besondere Sprachgebrauch des Gesetzes. Frühere, spätere oder gleichzeitige Gesetze, die juristische Lite-

1) Die Textkritik ist vorzugsweise wichtig bei Quellen, die, wie das corpus juris civilis, nicht in einer von der Staatsgewalt authentisch festgestellten Form überliefert sind. Aber auch bei neueren Gesetzen, die in den Gesetzsammlungen authentisch publiziert werden, ist die Textkritik nicht zu entbehren. Ein Komma an dieser oder jener Stelle kann einen anderen Sinn geben. Ein Schreibfehler oder Druckfehler mag den Sinn eines Satzes ändern. Vgl. Binding, Strafr. Bd. 1 S. 459.

2) Savigny Bd. 1 S. 214 verwirft die herkömmliche Einteilung der Interpretation in grammatische und in logische. Er unterscheidet statt dessen vier Elemente, ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches. Es besteht aber ein wesentlicher Gegensatz zwischen der Auslegung unmittelbar aus dem Worte und der Auslegung nach dem Sinne des Gesetzes. Ihn markiert die herkömmliche Einteilung scharf, wenn auch der Ausdruck logische Interpretation nicht vollständig zutrifft.

3) Meyer a. a. O. S. 13.

ratur der Entstehungszeit können weiteres Material liefern. Die Aufgabe der grammatischen Interpretation ist also keine bloß mechanische, keine untergeordnete; sie erfordert umfassende Rechtskenntnis und geistige Kraft.

2. Das weitere Material beschafft die logische Interpretation, indem sie den Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit den zur Zeit seines Erlasses bestehenden Verhältnissen ins Auge faßt.

Die logische Interpretation geht von der Voraussetzung aus, daß das Gesetz ein einheitliches Ganzes bildet und interpretiert das Einzelne nach dessen Grundgedanken.[4] Sie vergegenwärtigt sich ferner die Verhältnisse, in welche das Gesetz eintrat, und für die es bestimmt war. Sie hat die Veranlassung — occasio legis — in Betracht zu ziehen, darf aber nicht übersehen, daß dieselbe nur den Anstoß zum Gesetze bildet, und daß das Gesetz unter dem Zusammenwirken anderer, vielleicht nicht ausgesprochener Momente oft eine andere Tragweite erhält, als sich durch die ausgesprochene Veranlassung erklären würde.[5] Motive, die den Gesetzen angefügt oder beigegeben sind, können zur Erläuterung dienen, sie führen aber auch leicht in die Irre, da sie nicht selten einseitig und lückenhaft sind.[6] — Besonders wichtig ist es, sich den Zustand des Rechts vor Erlaß des Gesetzes zu vergegenwärtigen. Denn jedes neue Gesetz steht unter dem Eindruck der Rechtslage, in welche es eingreift, mag es dieselbe nun bestätigen, weiterbilden oder ihr entgegentreten. Von großer Bedeutung ist der wirtschaftliche und soziale Zustand, in welchem das Gesetz wurzelt. Ebenso sind die Ziele zu beachten, denen das Gesetz erkennbar dienen sollte;[7] unter Umständen werfen spätere Gesetze ein Licht auf frühere.

Nicht richtig ist die Behauptung, daß man zur logischen Interpretation nur greifen dürfe, wenn die grammatische Zweifel lasse. Jedes Interpretationsmittel ist vielmehr, soweit es die Sachlage fordert, zu verwerten. Auch wenn der Text unzweideutig erscheint, ergibt nicht selten der Gesamtcharakter des Gesetzes einen anderen Sinn als der genaue Wortlaut.[8] Widerspruch zwischen dem so erkannten Inhalt und dem Worte führt zu einer

---

4) Daher sagt Celsus libro 9 Digestorum l. 24 D. de leg. 1, 3: Incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere.

5) Die Veranlassung des sog. Sozialistengesetzes vom 21. Oktober 1878 war der Mordversuch gegen Kaiser Wilhelm I. Aber das Gesetz bezweckte nicht bloß, Aufreizung zum Morde zu unterdrücken. Seine Absicht war, den gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie überhaupt gewisse Schranken zu ziehen. Vgl. l. 1 § 5 D. de postulando 3, 1 sowie l. 1 pr. D. de S. C. Macedoniano 14, 6.

6) Dies gilt namentlich für die Begründungen, welche heutzutage den Entwürfen zu Gesetzen bei ihrer Einbringung in die Parlamente beigegeben werden. Vgl. Meyer in Gruchots Beitr. Bd. 23 S. 1, Deutschmann das. Bd. 24. S 805, Dernburg Bürg. R. Bd. 1 § 8 S. 20. Für die Praxis des RG. vgl. Registerbände zu den Entsch. des RG. — Vermittelnd: Regelsberger Bd. 1 § 36 Anm. 22.

7) Eine Anwendung findet sich in l. 6 C. de legibus 1, 14. Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri. So auch l. 25 D. de leg. 1, 3. Ein Beispiel gibt l. 8 § 6 D. de transactionibus 2, 15.

8) Vgl. l. 13 § 2 D. de excusationibus 27, 1.

Korrektur des Textes im Geiste des Interpreten. Dieselbe besteht vorzugsweise in Restriktion oder in Extension.[9]

a) Die restriktive Interpretation beschränkt. Sie schließt Dinge aus, welche das Gesetz nach seinem Wort zu erfassen scheint.

b) Die extensive Interpretation erweitert. Sie unterstellt dem Gesetz Dinge, welche der Wortsinn nicht zu erfassen scheint.[10]

Die Interpretation hat die Aufgabe, die Folgesätze aus den im Gesetz niedergelegten Gedanken zu ziehen, auch wenn sie der Gesetzgeber selbst beim Erlaß des Gesetzes nicht durchgedacht haben sollte.

Der Gedanke, welcher aus dem Gesetze spricht, ist entscheidend, nicht der, welchen der Gesetzgeber oder gar ein bloßer Redaktor des Gesetzes außerhalb des Gesetzes ausspricht.[11]

§ 30. Interpretation des corpus juris civilis.[1]

Bei der Interpretation des corpus juris civilis dürfen wir nicht vergessen, daß dasselbe ein Mosaik von Bruchstücken literarischer Arbeiten und von Gesetzen aus verschiedenen Jahrhunderten und Kulturepochen bildet.[2] Insbesondere ist Stil und Darstellungsweise der Pandekten-Juristen höchst

9) Beispiele sowohl von extensiver wie von restriktiver Interpretation finden sich in der l. 2 §§ 23 ff. D. ad S. C. Tertullianum 38, 17; dort beschäftigt sich Ulpian mit der Auslegung der Gesetzesbestimmung, wonach die Mutter, welche ihren unmündigen, vaterlosen Kindern Tutoren nicht erbittet, ihr Intestaterbrecht gegenüber diesen Kindern verliert.

10) Die extensive Interpretation zeigt, daß die Anwendung des argumentum a contrario im gegebenen Falle unstatthaft ist. Mittels des arg. a contrario macht man den Schluß, daß eine Gesetzesfolge ausgeschlossen ist, wenn ein Moment fehlt, an welches das Gesetz die Folge knüpft. Wird z. B. das furtum bestimmt als contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, so ergibt es sich argumento a contrario, daß dolose Wegnahme von Mobilien zu anderen Zwecken z. B. behufs der Selbsthilfe nicht furtum ist. Mit Hilfe des arg. a contrario macht Ulpian libro 35 ad edictum l. 22 D. de legibus 1, 3 den Schluß: Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. Sehr häufig heben aber Gesetze besonders zweifelhafte oder besonders wichtige Punkte hervor, ohne die Absicht zu hegen, Verwandtes auszuschließen. Dann ist das arg. a contrario unzulässig, vielmehr wird eine extensive Interpretation Platz greifen. Natürlich ist die Entscheidung leicht zweifelhaft. Über arg. a contrario vgl. Deutschmann in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 52.

11) Windscheid Bd. 1 § 22 sieht die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung darin, gegenüber dem ausgedrückten Willen des Gesetzgebers seinen „eigentlichen" zur Geltung zu bringen. Darüber daß diese Fassung unrichtig ist, wenn sie auch einen richtigen Kern enthalten sollte, vgl. Kohler a. a. O. S. 18 Anm. 54.

1) Vgl. Savigny Bd. 1 S. 281, Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts 1857; siehe auch Thibaut, zivilistische Abhandlungen n. 6 „über das Verhältnis der einzelnen Teile des römischen Rechts".

2) Zur Würdigung des Sprachgebrauches im corpus juris civilis ist von Bedeutung das reichhaltige Werk von Brissonius, de verborum quae ad jus civile pertinent significatione 1. ed. Lugd. 1559, zuletzt und am besten: opera Heineccii Halis 1743. Systematischer angelegt, aber weniger unbefangen und weniger brauchbar ist Dirksen, manuale latinitatis fontium juris civilis 1837. Ein altbewährtes Hilfsmittel ist das Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts von Heumann, Jena 1846, 8. Auflage 1895 herausgegeben von Thon, die 9. vielfach ergänzte, von Seckel. Groß angelegt, aber noch unvollendet ist das Vocabularium jurisprudentiae Romanae v. Gradenwitz, Kübler, Schulze u. a. 1894 ff.

verschieden, wiewohl gewisse allgemeine Charakterzüge ihnen gemeinsam sind.[3] Manche Juristen, wie Alfenus Varus, lieben behagliche Breite, andere, wie Papinian, schreiben gedrungen bis zur Dunkelheit. Manche — wie Labeo und Paulus[4] — operieren häufig mit philosophischen Kategorien, andere, wie namentlich Gajus, gehen nie aus den Grenzen allgemein verständlicher Begriffe des praktischen Lebens heraus. Einige, wie Ulpian, halten sich an die traditionellen Lehrmeinungen und Sentenzen; andere, wie Celsus, sind reich an selbständigen Ideen, die zuweilen sogar vom geltenden Rechte abweichen.[5]

Wer aber in die Gedanken der Römer tiefer eindringen will, muß sich mit den Eigentümlichkeiten ihrer juristischen Schriftsteller vertraut machen.[6]

Häufig ist eine zwiefache Interpretation — die duplex interpretatio — der Stellen des corpus juris erforderlich. Wir haben in erster Linie den Sinn zu ermitteln, in welchem ihr Autor, z. B. der Jurist Ulpian, den Satz niederschrieb. Zu diesem Zwecke müssen wir uns den Zusammenhang des Rechts zur Zeit der Abfassung des Bruchstückes vergegenwärtigen. Betrachten wir dann dasselbe Fragment im Lichte der justinianischen Sammlung, so ergibt sich oft, daß es, obgleich seine Worte nicht geändert sind, dennoch in dem neuen Zusammenhang einen ganz anderen Sinn annehmen mußte.[7] Erst diese duplex interpretatio gewährt uns den vollen Einblick in die Stelle und erschließt uns deren volle historische und praktische Bedeutung.

Die Redaktoren des corpus juris civilis waren durch Justinian zu Weglassungen, Veränderungen und Zusätzen, zu Interpolationen, ermächtigt.[8] Solche Interpolationen machen sich meist im Stil bemerkbar. Lassen sie sich nachweisen, so gibt auch dies Fingerzeige für die volle Würdigung des Fragments.[9]

Daß volle Klarheit auf eine Lehre erst durch die Betrachtung aller

3) Spezialuntersuchungen gibt Wilh. Kalb, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt 1890, dazu Wölfflin in d. krit. VJSchr. n. F. Bd. 14 S. 162.

4) Vgl. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 7 ff., 339 ff. Die von Jhering, Besitzwille S. 269 ff. dem Paulus gemachten Vorwürfe sind meist unbegründet.

5) Vgl. l. 3 pr. D. ne quid in loco publico 43, 8 mit § 5 J. de rer. div. 2, 1.

6) In dieser Hinsicht bietet eine wichtige Unterstützung Lenel, palingenesia juris civilis 2 Bde. 1889 ff., wo sich die Bruchstücke der Werke der klassischen Juristen nach Autoren und Büchern geordnet finden. Vgl. ferner Bremer, jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt 1896 sq. 2 partes.

7) Die l. 31 D. de legibus 1, 3 gibt den Ausspruch Ulpians libro 13 ad legem Juliam et Papiam wieder: princeps legibus solutus est. Dies bezog sich im Munde von Ulpian nur auf die lex Julia et Papia Poppaea, von der er eben handelte. In Justinians Gesetz spricht die Stelle den Kaiser von jedem Gesetze los.

8) So namentlich bezüglich der Pandekten durch die const. Deo auctore § 7, vgl. const. Tanta § 10, bezüglich des codex vgl. die const. Cordi nobis § 3.

9) Vgl. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten 1887, dazu Lenel in der Zeitschrift d. Savigny-Stiftung Bd. 9 rom. Abt. S. 177. — Eisele in derselben Zeitschrift Bd. 7 S. 18, Bd. 10 S. 286, Bd. 11 S. 1, Bd. 13 S. 118. Henri Appleton, des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir 1895. Wichtige Hinweise auch in Seckels Ausgabe des Heumannschen Lexikons; vgl. auch H. Pflüger, Ciceros Rede pro Qu. Roscio Comoedo 1904 S. 14 ff.

sie behandelnden Stellen fällt, daß einseitiges Herausgreifen einzelner Äußerungen leicht zu Mißdeutungen führen muß, ist selbstverständlich.[10]

Nicht selten finden sich *Widersprüche* im corpus juris civilis.

Diese Widersprüche sind zum Teil beabsichtigte. Sie sind darin begründet, daß Justinian nach dem Jahre 533 korrektorische Gesetze erließ, die in den Kodex aufgenommen oder in den Novellen erhalten sind. Jüngere justinianische Gesetze dieser Art gehen natürlich den früheren vor.

Alle *anderen* Widersprüche sind *nicht* beabsichtigt. Derartige Widersprüche begegnen uns sogar in einem und demselben Rechtsbuche, insbesondere in den Pandekten. Sie finden sich auch zwischen Stellen der verschiedenen Rechtsbücher, z. B. der Institutionen und Pandekten, der Pandekten und des Kodex. Diese drei Gesetzbücher sind, wie früher ausgeführt wurde,[11] als *ein* Gesetz anzusehen. Widersprüche solcher Art sind also nach denselben Grundsätzen zu behandeln, wie diejenigen, welche sich in demselben Rechtsbuch finden.

Justinian behauptet, Widersprüche fänden sich in seinen Rechtsbüchern nicht, wenn man nur in die Gründe der scheinbar verschiedenen Entscheidungen scharfsinnig einzudringen wisse.[12] Dies hat bis zu einem gewissen Maße seine Richtigkeit. Nicht alles, was sich zu widersprechen scheint, ist in der Tat Widerspruch und bei tieferem Nachdenken gewinnen wir nicht selten den Gesichtspunkt, unter welchem sich das scheinbar Entgegengesetzte vereinigen läßt. Oft freilich will auch das nicht gelingen; in jedem Fall ist aber die so häufig versuchte Vereinigung durch Unterscheidungen, *welche nicht in den Stellen liegen*, ein unwissenschaftliches und auch ein vergebliches Beginnen. Denn willkürliche Distinktionen lassen sich in Menge ersinnen, und da sie in den erklärenden Stellen keine Stütze haben, so kann keine Erklärung die andere endgültig überwinden.[13] In welcher Art man bei solchen Widersprüchen den maßgebenden Rechtssatz zu finden hat, ist Sache umsichtiger Erwägung des einzelnen Falles.

a) Zuweilen ist die eine Stelle, insbesondere der Institutionen, nur ein kurzes, wenig genaues Referat aus Pandekten oder Kodex. Dann muß sie der genaueren und ausführlicheren Darstellung weichen.[14]

---

10) Vgl. oben § 25 Anm. 2. Dort ergab sich das Verständnis der l. 38 D. de pactis 2, 14 aus l. 3 D. qui test. 28, 1.

11) Vgl. oben § 9.

12) In der const. Deo auctore § 8 verbietet Justinian die Aufnahme von Antinomien in die Pandekten, in der const. Tanta § 15 verkündet er, daß sich solche nicht finden: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

13) Vgl. oben § 22 Anm. 6 über die Versuche zur Vereinigung der l. 32 § 1 D. de legibus 1, 3 und der l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52.

14) Beispiele gibt Savigny a. a. O. S. 285 Anm. d. — Die Institutionen gehen vor, wenn sie durchdachte eigene Meinungen des Kaisers Justinian enthalten, die als solche Gesetzeskraft haben sollten. Etwaige Widersprüche in Pandekten oder Kodex sind

b) Vor allem wichtig ist die sog. historische Vereinigung.[15] Das römische Recht hat sich seit der Zeit des Augustus bis zur Zeit der Severe infolge sozialer und wirtschaftlicher Umgestaltungen und der intensiven Tätigkeit der römischen Jurisprudenz vielfach verändert. Nicht selten ist die Äußerung des einen römischen Juristen unter dem Einfluß der älteren Anschauungsweise entstanden, die eines anderen der Ausdruck der fortgeschrittenen Rechtsentwicklung. Dies trifft z. B. zu, wenn die eine Entscheidung in einer konkreten und realistischen Auffassung der Verhältnisse wurzelt, die andere eine mehr abstrakte und verfeinerte Betrachtungsweise erkennen läßt. Es ist dann derjenigen Entscheidung der Vorzug zu geben, die dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein entspricht. Die historische Vereinigung ist nicht so zu verstehen, als wenn stets die Meinung eines späteren Juristen den Vorzug vor der Ansicht eines früheren hätte. Denn es kommt vor, daß spätere Juristen einem älteren, bereits überwundenen Standpunkte huldigen.[16] [17]

c) Reichen diese Gesichtspunkte zur Lösung des Widerspruches nicht hin, so heben sich, wie man sagt, die Stellen auf. Die Entscheidung der bezüglichen Frage ist alsdann aus dem Wesen des Institutes und aus der Analogie zu gewinnen, gerade so, als wenn es an jeder Entscheidung in den Rechtsquellen fehlen würde.[18] [19]

---

dann als bloß historische Notizen aufzufassen. So bei § 34 J. de rer. div. 2, 1 verglichen mit l. 23 § 3 D. de R. V. 6, 1; siehe Thibaut a. a. O. S. 95.

15) Vgl. hierüber vorzugsweise Savigny a. a. O. S. 276.

16) Die Zeit der Abfassung ist immerhin zu berücksichtigen. Hierüber orientiert die gründliche und scharfsinnige Schrift von Fitting: Über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander, Basel 1860, siehe ferner Lenel, palingenesia vol. II p. 1245 „auctorum et librorum index chronologicus".

17) Zu beachten ist auch, ob die Schrift, aus welcher ein Exzerpt entnommen ist, den Zweck hat, theoretisch allgemeine Grundsätze zu entwickeln oder bestimmte Fälle — wie dies responsa, quaestiones tun — zu zergliedern und zu entscheiden. Geben wir ein Beispiel. In der l. 68 pr. D. de evict. 21, 2 entwickelt Papinian libro 14 responsorum gewisse Rechtssätze für den Fall, „cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet". Dieselben Sätze müssen nach richtiger Ansicht gelten, wenn der Gläubiger auch ohne Vereinbarung gemäß gesetzlicher Regel nicht für Eviktion einsteht. Dies bekämpft Moreau in seiner Abhandlung: Eviktion der verkauften Pfandsache 1878 S. 10 mit den Worten: „es wäre unerklärlich, warum Papinian den Fall der Vereinbarung besonders nennen würde, wenn er die für diesen Fall ausgesprochene Folge allgemein gelten lassen wollte". Aber der Fall der Vereinbarung lag gerade vor, darauf fußte die Anfrage, ihn hatte Papinian zu begutachten. Deshalb knüpfte er an ihn an.

18) Ein derartiger Widerspruch findet sich z. B. in der l. 41 D. de pign. actione 13, 7 von Paulus und der l. 22 D. de pignoribus 20, 1 von Modestinus.

19) Viele legen auch darauf Gewicht, ob die eine der sich widersprechenden Stellen in demjenigen Titel steht, welcher der betreffenden Materie gewidmet ist, die andere aber — als sog. lex fugitiva — in irgendeinem anderen Titel. Denn die Aufnahme der letzteren in das corpus juris habe eher auf einem Versehen beruhen können, als die der ersteren. So u. a. Wächter, Pand. 1 S. 122. Sehr viel Bedeutung hat indessen dieses äußerliche Moment nicht. Justinian hat eben jeden Spruch mit Gesetzeskraft bekleidet, ohne Rücksicht darauf, wo er rubriziert ist. Was die Kompilatoren bei Aufnahme einer Stelle dachten oder nicht dachten, wo ihr Versehen lag, läßt sich heute nicht mehr ermitteln und ist auch nicht entscheidend.

§ 31. Authentische Interpretation.[1]

Die authentische Interpretation ist Feststellung des Inhalts eines Gesetzes durch eine Rechtsquelle.

Man unterscheidet zwei Arten, die usuelle authentische Interpretation durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch und die legale authentische Interpretation durch Gesetz; beide ordnen sich demselben Begriffe unter. Sie haben beide schlechthin zwingende Kraft ohne Rücksicht auf ihre Begründung. Aber ihr Wesen ist doch verschieden. Denn bei der Anerkennung der usuellen authentischen Interpretation handelt es sich darum, die geltende Rechtsprechung zu sichern, indem man ein Zurückgehen auf den vermeintlich abweichenden ursprünglichen Sinn des interpretierten Gesetzes abweist.[2] Die legale authentische Interpretation wird in der Regel erlassen, um einer Rechtsprechung gegenüber, welche dem Gesetzgeber mißfällt, eine andere Auffassung zur Geltung zu bringen oder wenigstens Widersprüche in der Rechtspflege zu beseitigen.

Die Gesetzgebung muß die Ausbildung der gesetzgeberischen Gedanken und ihre Durchführung im einzelnen dem Richter überlassen. In der authentischen legalen Interpretation hat sie aber ein Mittel, die Rechtsprechung in die Bahnen zu zwingen, welche sie für die richtigen hält.[3]

Die legale authentische Interpretation soll die Form eines Gesetzes haben und sämtliche Voraussetzungen eines Gesetzes erfüllen. Sie muß sich als unzweideutig authentische Interpretation bezeichnen. Im Zweifel ist eine authentische Interpretation nicht zu unterstellen. Wiederholt daher ein Gesetz den Inhalt eines früheren, indem es dasselbe zugleich derart redaktionell abändert, daß es eine an das frühere Gesetz sich knüpfende Streitfrage entscheidet, so hat dies gesetzliche Kraft nur für die Zukunft, nicht für Fälle der Vergangenheit.

Da die authentische Interpretation den Sinn des interpretierten Gesetzes in bindender Weise feststellt, so hat sie rückwirkende Kraft. Der Richter muß nach Inkrafttreten des interpretierenden Gesetzes das interpretierte

---

1) Bremer in Bekkers Jahrbuch Bd. 2 n. 7, Goeppert — herausgegeben von Eck — in Iherings Jahrbüchern Bd. 22 n. 1, Eisele, Archiv für ziv. Praxis Bd. 69 S. 303.

2) l. 37 D. de legibus 1, 3. Paulus libro 1 quaestionum ... optima enim est legum interpres consuetudo.

3) Ein Beispiel gibt das Gesetz v. 31. Mai 1880 betreffend die authentische Erklärung und die Verlängerung des Gesetzes v. 21. Oktober 1878. Der Polizeipräsident von Berlin hatte auf Grund der Vollmachten des Gesetzes v. 21. Oktober 1878 sozialdemokratische Mitglieder des Reichstages während der Session desselben aus Berlin ausgewiesen; es frug sich, ob er hierzu berechtigt war, und ob die Abgeordneten, welche sich dem Verbot nicht gefügt hatten, der gesetzlichen Strafe verfallen seien. Die Gerichte hatten — jedoch noch nicht rechtskräftig — die Frage bejaht. Das Gesetz v. 31. Mai 1880 erläuterte aber die bezügliche Bestimmung des Gesetzes v. 21. Oktober 1878 dahin, daß sie auf Reichs- und Landtagsmitglieder während der Session keine Anwendung finde. Die Strafverfolgung erledigte sich hiermit. Solcher Eingriff in den regelmäßigen Gang der Rechtspflege ist freilich eine zweischneidige Waffe. Die gesetzgebende Gewalt wird sich ihrer aber nicht begeben.

Gesetz in der legal festgestellten Weise auffassen, auch wenn er die authentische Deklaration für unrichtig hält.[4]

Die authentische Deklaration ist auch bei schwebenden Prozessen zu beachten, mögen sie nun in erster oder in späterer Instanz anhängig sein. Ist aber eine Sache bereits durch rechtskräftiges Erkenntnis entschieden, so wirkt eine später in Kraft tretende authentische Interpretation auf dieselbe nicht mehr ein. Denn das rechtskräftige Urteil schafft Recht unter den Parteien, ohne daß seine Gründe noch einmal einer Prüfung unterliegen.[5]

§ 32. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache.

Im beständigem Wechsel unterliegenden Leben bilden sich stets neue Verhältnisse, welche der rechtlichen Entscheidung bedürfen. Mögen die Gesetze noch so zahlreich sein, noch so kasuistisch in die Details eingehen, nie sind sie so vollständig, daß sie für jede Frage eine ausdrückliche Antwort bereit haben, und doch darf der Richter niemals die Entscheidung eines privaten Rechtshandels unter dem Vorgeben verweigern, daß es ihm an einer Entscheidungsnorm fehle.[1]

1. Es bewährt sich hier, daß das Recht ein System ist, welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst heraus zu vervollständigen. Diese Selbstergänzung geschieht durch *Analogie*, d. h. durch *Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse* — similia — *wegen Gleichheit des Grundes*.[2] Aber nur was sich aus einem inneren Grunde — ratio — rechtfertigt, ist zur Analogie verwendbar; Anomalien, insbesondere bloße historische Singularitäten sind nicht zur analogen Anwendung befähigt, sie sind tote Punkte des Rechtssystems.[3]

Die neueren Schriftsteller unterscheiden *Gesetzesanalogie* und *Rechtsanalogie*.

a) Die Gesetzesanalogie geht aus von einem bestimmten *einzelnen Gesetze*. Sie wendet den in ihm liegenden Rechtssatz wegen Gleichheit des Grundes auf nicht vom Gesetz geregelte Fälle an. Die Gesetzesanalogie berührt sich mit der extensiven Interpretation. Es handelt sich aber um eine andere Auffassung. Die extensive Inter-

4) Nov. 19 praef. mit Rücksicht auf l. 11 C. de nat. lib. 5, 27 und nov. 12 cap. 4.

5) Streitig ist, ob auf Grund einer authentischen Interpretation eine *Zahlung* zurückgefordert werden kann, die man leistete, weil man auf Grund des alten Gesetzes zu schulden glaubte; desgleichen ob ein *Vergleich* anfechtbar ist, welchen man unter der Herrschaft des interpretierten Gesetzes schloß, indem man von einer anderen Rechtsauffassung ausging, als die spätere authentische Deklaration feststellt. Die Anfechtbarkeit bejahen Wächter, Württ.PrR. Bd. 2 S. 152, Unger Bd. 1 § 14 Anm. 18, dagegen verneint sie Windscheid Bd. 1 § 33 Anm. 4 mit Recht. Judicata, transacta, finita werden nicht berührt, vgl. l. 1 § 12 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17. Man darf den Willen des Gesetzgebers unterstellen, daß er diese Grenze nicht überschreiten wollte, auch wenn er sich durch eine authentische Deklaration im übrigen für die Rückziehung entscheidet.

1) Der code Napoléon gibt diesem Gedanken einen sehr präzisen Ausdruck im art. 4: Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

2) l. 12, l. 13 D. de legibus 1, 3. Kohler bei Grünhut Bd. 13 S. 52, Regelsberger Bd. 1 § 33.

3) Vgl. oben § 27.

pretation geht von der Unterstellung aus, daß sie den Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Sinn des Gesetzes ergibt, verwirkliche; die Gesetzesanalogie fußt nicht auf dem Willen des Gesetzes, sie schafft neues Recht wegen Gleichheit des Grundes.[4]

b) Die Rechtsanalogie operiert nicht mit einem einzelnen Gesetze. Sie wendet einen Komplex von Rechtssätzen, welche in systematischem Zusammenhange ein gewisses Rechtsgebiet beherrschen, auf ein anderes Rechtsgebiet wegen Gleichheit des Grundes an. Beispielsweise werden Sätze des Eigentumsrechts auf die Superfizies — das Erbbaurecht — übertragen, d. h. auf das dingliche Recht, auf fremdem Grundstück dauernd ein Gebäude zu haben.[5]

Zuweilen schreiben die Gesetze selbst die analoge, „entsprechende" Anwendung von Rechtssätzen des einen Rechtsgebietes auf ein anderes Rechtsgebiet vor. In Rom geschah dies häufig durch Aufstellung von Fiktionen.[6] Durch derartige Fiktionen fordert das Gesetz, daß man bei einem gewissen Tatbestande Tatsachen hinzudenkt oder wegdenkt, damit die Rechtssätze, welche sich an jenen Tatbestand knüpfen würden, Anwendung finden. Diese eigentümliche Gedankenoperation hat also den Zweck, die analoge Anwendung von Rechtssätzen herbeizuführen.[7]

2. Auch aus der Natur der Sache läßt sich das Rechtssystem ergänzen. Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Lebensverhältnissen und ihren Zwecken angemessene, ihnen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache.[8] Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt, oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist.[9] [10]

---

4) Die lex Aquilia z. B. gab Schadensansprüche wegen Beschädigung fremder körperlicher Sachen. Analoge Ansprüche gab man später dem Freien, dessen Körper verletzt war, und Dritten, wenn sie durch die Tötung eines Freien verletzt waren. l. 5 § 3, l. 13 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2.

5) Vgl. RG. Bd. 9 S. 194. So auch BGB. § 1017.

6) Hierher gehört folgendes Beispiel. Der in feindliche Gefangenschaft geratene Römer galt bei den Römern als Sklave. Wenn er daher bei den Feinden starb, so war sein im römischen Reiche befindlicher Nachlaß als der eines Sklaven herrenloses Gut, nicht Erbschaft. Zur Beseitigung der hieraus entspringenden Härten wurde durch eine lex Cornelia die Fiktion aufgestellt, daß der in der Gefangenschaft Verstorbene nicht in die feindliche Gewalt gekommen sei. Auf Grund dessen wurden Sätze des Erbrechts auf seinen Nachlaß anwendbar. l. 12 D. qui test. 28, 1, l. 22 pr. D. de captivis 49, 15 und später l. 18 D. de captivis 49, 15. Das Nähere siehe bei Bechmann, das jus postliminii und die lex Cornelia 1872 S. 84.

7) Von den gesetzlichen Fiktionen kann man unterscheiden dogmatische Fiktionen. Es sind dies solche, welche die Wissenschaft entwickelt hat, um die rechtlichen Tatsachen unter einheitlichen Gesichtspunkten systematisch zu verbinden. Hierher gehört z. B. der Satz, daß der Erbe ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, wann er antritt, als vom Tode des Erblassers an succedierend gilt. Diese Fiktion ist eine wissenschaftliche. Sie beruht auf dem Gedanken, daß bei der Rechtsnachfolge die Endigung des Rechts des einen mit dem Beginn des Rechts des anderen zusammenfallen müsse. Über Fiktionen vgl. Demelius, Rechtsfiktion, 1858, Ihering, Geist Bd. 3 Abt. 1 S. 293 ff., Bierling, Kritik Bd. 2 S. 85 ff., Juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 101.

8) Vgl. Bierling, Kritik Bd. 1 S. 82 ff., Kohler bei Grünhut Bd. 13 S. 57.

9) Windscheid dagegen Bd. 1 § 23 Anm. 1a bezeichnet die Natur der Sache „als einen nicht mit Unrecht verschrieenen Ausdruck". Vgl. auch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 21 S. 182. Eher schwankend Regelsberger Bd. 1 § 12 Anm. 2.

10) Eine andere Wendung versucht die auch in die Lehren der Interpretation und

Die Natur der Sache ist nicht zu verwechseln mit dem Naturrecht. Das Naturrecht stützt sich auf Schlüsse, die aus dem Wesen des Menschen an sich gezogen werden. Es ist zur unmittelbaren Rechtsanwendung nicht geeignet.

Fünftes Kapitel.

Recht im subjektiven Sinne.

§ 33. Begriff. Der Anspruch.

1. Recht im subjektiven Sinn ist der Anteil an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet.[1]

Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich lange, ehe sich eine bewußte staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wußten. Erst durch Abstraktion mußte man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ebenso ungeschichtliche wie unrichtige Ansicht, daß die Rechte im subjektiven Sinn nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn. Die Rechtsordnung gewährleistet und modelt die Rechte im subjektiven Sinn, aber sie ist nicht ihr Schöpfer.[2] Daher ist auch das Recht im subjektiven Sinn keineswegs, wie die derzeit noch herschende Ansicht annimmt, identisch mit „Wollendürfen",[3] also einer Verstattung des Rechts im objektiven Sinn,

---

Analogie einschlagende Prorektoratsrede von Gustav Rümelin, 1891 „Werturteile und Willensentscheidungen".

1) Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 41. Nicht allzuweit ab liegt die Begriffsbestimmung von Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892 vgl. S. 42: subjektives Recht ist „das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse". Siehe auch Bernatzik im Archiv für öff. Recht Bd. 5 S. 193 ff. Crome, System d. Bürg. R. Bd. 1 § 29 Anm. 1. Vgl. Jhering, Geist des röm. Rechts Bd. 3 § 60 ff., Thon, Rechtsnorm und subj. Recht 1878, Bierling, zur Kritik der jurist. Grundbegriffe 1883, Schuppe, der Begriff des subjekt. Rechts 1887.

2) Vgl. aber auch Zitelmann, internationales Privatrecht Bd. 1 S. 56.

3) Diese Auffassung geht auf die Philosophie der Griechen und auf Hegel zurück. Sie teilte u. a. Puchta, Pand. § 22, § 118; sie verteidigte Windscheid Bd. 1 § 37. Dennoch gibt W. zu, daß „reales Wollen von seiten des Berechtigten, eine von ihm ausgehende Willensäußerung" nicht erfordert sei. So suchte er sich zu erklären, daß „auch Willensunfähige ohne Vertreter Rechte haben können, und ein Willensfähiger Rechte haben kann, ohne es zu wissen". Anm. 3 a. a. O. Daher die Formulierung: „die Rechtsordnung hat von einem konkreten Willensinhalt ausgesprochen, daß er maßgebend sei". Wenn es aber auf reales Wollen nicht ankommen soll, und Willensunfähige ohne Vertreter Rechte haben, so würde Windscheid unseres Erachtens richtiger statt „Willensinhalt" gesetzt haben „Inhalt", womit er freilich seine Theorie aufgegeben hätte. In der Tat läßt Windscheid seit der 6. Auflage diesen Erklärungsversuch fallen, aber nicht seine Begriffsbestimmung des Rechts im subjektiven Sinn. Sie hält auch Kipp das. 9. Aufl. S. 155 ff. fest. — Für Brinz sind die Rechte

wonach das Individuum handeln oder unterlassen darf.[4] Die Römer freilich verstanden unter jus im subjektiven Sinn nicht eigentlich die Beziehung zu den einzelnen Lebensgütern, als vielmehr die persönliche unabhängige Stellung des pater familias innerhalb seines Hauswesens.[5]

2. Aus Rechten im subjektiven Sinn entwickeln sich „*Ansprüche*". Diesen Ausdruck wendet die neuere Rechtswissenschaft[6] und Gesetzgebung mit Vorliebe an. Indessen er ist vieldeutig.

a) Das Wort „Anspruch" bezeichnet einmal die *tatsächliche Verfolgung* einer uns wirklich oder angeblich zustehenden Befugnis.

Daher ist Anspruch namentlich nach der ZPO. das — mit oder ohne Grund — an den Richter gerichtete Begehren des Klägers, ein Urteil zu seinen Gunsten zu fällen.[7]

---

gleichfalls „rechtliche Machtvollkommenheiten". Aber auch er gibt seine Theorie im Grunde auf, wenn er erkennt, daß bei näherer Betrachtung „gewisse Privatrechte und zwar die fundamentalsten von diesen zuvor und wesentlich etwas anderes, nämlich die durch Mein und Dein ausgedrückte Verbindung einer Sache mit einer bestimmten Person" sind. Bd. 1 § 64 S. 210. Gegen das „Wollendürfen" auch Binder, das Problem der jur. Persönlichkeit 1908 S. 38 ff; er bezeichnet den Inhalt des Rechts als Macht, die der Verfüger habe.

4) Die rechtliche Zugehörigkeit zu einer Familie z. B. oder das Recht auf den Namen ist nichts weniger als Wollendürfen. Und doch liegen hierin Rechte im subjektiven Sinn. Das Kind, ferner der unheilbare Geisteskranke hat, wie nicht bezweifelt wird, Rechte, denn es bleibt ihm sein Anteil an den Lebensgütern gewährleistet. Von einem rechtlichen Wollendürfen kann aber nicht die Rede sein. Der römische Sklave andrerseits, welchem ein Pekulium zur Verwaltung überlassen war, hatte weitgehendes „Wollendürfen", dennoch war er rechtlos, weil ihm ein selbständiger Anteil an den Lebensgütern versagt war. Der herrschenden Ansicht fehlt ein Kriterium, um Handlungsfähigkeit und Rechtsfähigkeit zu unterscheiden, und doch kann sie auf diese Unterscheidung nicht verzichten, sie ist genötigt, sich so gut es geht um diesen Punkt zu winden. So sagt Brinz § 52, „die Rechtsfähigkeit ist etwas von Handlungsfähigkeit". Siehe hierüber Binding, Normen Bd. 2 S. 50. Binder a. a. O. Die herrschende Ansicht bekämpft energisch auch Ihering: Geist Bd. 3 Abt. 1 § 60 ff. Iherings Definition lautet — a. a. O. § 61 —: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses." Hierin liegen wohl sehr wichtige Eigenschaften, aber das Wesen des Rechts im subjektiven Sinn ist damit nicht getroffen. Mit der Charakterisierung des Rechts als Willensmacht stehen in enger Verbindung die Versuche der Neueren, die *juristischen Personen* aus der Reihe der Rechtssubjekte zu streichen: „Es läßt sich nun einmal nicht denken, sagt Brinz, Pandekten 1. Aufl. Bd. 2 S. 984, daß unpersönliche Dinge — wie Staat, Gemeinde, Stiftung — Rechte haben. Ohne irgendein Dürfen oder Können, Befugnis oder Macht, vermögen wir kein Recht zu denken: mit unmenschlichem Wesen ist das Dürfen und Können unvereinbar." — Man muß aber umgekehrt schließen, da es evident ist, daß Staat, Gemeinde, Stiftungen Rechte haben, und da diese bloß gedachten Subjekte gleichwohl nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe handeln, so liegt das Wesen des Rechts nicht im „Tun- oder Handelndürfen". Vgl. noch G. Rümelin, Methodisches über jurist. Personen 1891 S. 34.

5) Vgl. Mitteis. röm. Privatrecht S. 74 ff.

6) Windscheid, die Aktio des römischen Zivilrechts 1856, hat den Begriff des „Anspruchs" zuerst eingehender zu bestimmen versucht und in der Wissenschaft eingeführt. Zum Vorteil des deutschen Rechts war dies nicht. Ein bedeutendes Werk, welches hierher gehört, ist von Hellwig: Anspruch und Klagerecht 1900. Hölder, Anspr. und Klagerecht in der Zeitschrift für Zivilproz. Bd. 29 S. 50 ff, ders. über Ansprüche und Einreden im Archiv für ziv. Praxis Bd. 93 S. 1 ff. Bolze, der Anspruch in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 753 ff., Affolter, die Celsinische Aktio und der Anspruch des BGB. in der Zeitschr. für Zivilproz. Bd. 31 S. 453 ff.

7) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 64. Siehe auch Wach, Zivilprozeßrecht Bd. 1 S. 293.

b) Ferner aber versteht man unter „Anspruch" die gegenwärtige Befugnis auf Tun oder Unterlassen eines anderen.[8]

3. Die Ansprüche charakterisieren sich durch den Leistungsgegenstand; sie enthalten ein gewisses Begehren. Die Rechte bestimmen sich vorzugsweise nach ihrem Entstehungsgrund. Derselbe Anspruch kann auf verschiedenen Klaggründen, d. h. Rechten im subjektiven Sinne beruhen.[9] Wenn beispielsweise die vermietete Sache durch Schuld des Mieters beschädigt wird, so erhält der Vermieter Anspruch auf Schadensersatz; er kann diesen Anspruch sowohl auf den Mietsvertrag, als auf das Delikt der Sachbeschädigung stützen. Wird ferner dem Vermieter seine Sache nach Endigung der Miete nicht zurückgegeben, so hat er den Anspruch auf deren Rückgewähr und diesen Anspruch kann er sowohl auf den Mietkontrakt als auf sein Eigentumsrecht gründen. Der Anspruch ist in beiden Fällen derselbe, das Recht aber, auf welches er sich stützt, ist ein verschiedenes.[10]

§ 34. Die Ausübung der Rechte.

Ausübung der Rechte ist seine Ausnutzung mittels Handelns oder Unterlassens, bestehe sie nun in dem Genuß des durch sie gewährten Lebensgutes oder in ihrer Geltendmachung und gerichtlichen Verfolgung.[1]

8) BGB. § 194 bestimmt den Anspruch als das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen; vgl. darüber Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 43 S. 107. Nicht übel unterscheidet Regelsberger Bd. 1 § 52 „aktuelles" und „potentielles" Ansprechen. Die Vertreter des Anspruchsbegriffes streiten, ob unter Anspruch nur zu verstehen sei das Recht auf eine Leistung gegenüber einer gewissen Person oder ob auch aus absoluten Rechten z. B. dem Eigentum, einem Familienverhältnis, noch ehe sich jemand in Widerspruch setzt, Ansprüche „gegen jedermann" gehen, sich einer jeden Antastung zu enthalten. Brinz Bd. 1 S. 252: denkt „einen Anspruch nicht ohne eine gewisse Person, gegen welche er gerichtet ist". Anders Windscheid Bd. 1 § 43. Er nimmt Ansprüche an, die gegen „jedermann" gehen, „gegen niemanden nicht". Dies seien die dinglichen Ansprüche, welche nicht auf eine bestimmte Verpflichtungsperson beschränkt seien. Hiernach hätte jeder Eigentümer einen Anspruch gegen jeden Weltbürger, daß dieser sein dingliches Recht nicht verletze. Der Anspruch aber sei, behauptet Windscheid, befriedigt, solange der von ihm geforderte tatsächliche Zustand bestehe; weil er befriedigt sei, verjähre er inzwischen nicht. Thon, Rechtsnorm S. 159 sucht Windscheids Auffassung zu widerlegen. Er behauptet, die Annahme eines derartigen Anspruchs gegen jedermann sei ebenso müßig als irreführend. Dies ist zutreffend. Hervorzuheben ist aber, daß dieses Urteil mit Fug nur fällen kann, wer — vgl. oben § 17 Anm. 5 — das dingliche Recht auffaßt als ein unmittelbares Herrschaftsrecht über die Sache. Nach dieser Betrachtungsweise bedarf es nicht der Unterstellung eines Anspruchs gegen eine ungezählte Menge, die nichts von uns und unserem Recht wissen kann und niemals etwas davon wissen wird. Wer, wie Thon, das Wesen des dinglichen Rechts in dem Normenschutz gegen den Genuß der Sache seitens dritter Personen sieht, muß schließlich zu Ansprüchen gegen jedermann kommen. Von diesem Standpunkte aus hat sie denn auch Bierling, Kritik Bd. 2 S. 176, wieder aufgenommen. Auch nach Kipp, bei Windscheid § 43 Anm. 3 S. 184 ist der Anspruch gegen jedermann „ein Begriff ohne selbständigen Wert".

9) So spricht ZPO. § 146 von „demselben Anspruch", „auf den sich mehrere Klagegründe beziehen".

10) Ist dies richtig, so ist es unrichtig, mit Windscheid Bd. 1 § 14 die römische actio mit unserem deutschen Anspruch zu identifizieren. Denn die actio ist nicht Anspruch schlechthin, sondern der aus einem bestimmten Rechte sich ergebende Anspruch. Auch Mitteis a. a. O. S. 91 meint, daß der Begriff des Anspruches im röm. Recht nirgend formuliert sei.

1) Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 51. Es liegt z. B. die Ausübung eines Wegrechts

Man darf seine Rechte haarscharf *ausüben*, sofern man sich in den *Schranken der Rechtsordnung* hält,[2] auch wenn man dadurch Zustände aufhebt, aus welchen Dritte Nutzen zogen,[3] und der Nachteil des Dritten unverhältnismäßig größer als der Vorteil des Berechtigten ist. Eine derartige Ausübung bildet kein Verschulden[4] und ihre Folge keinen Schaden im Rechtssinne,[5] d. h. keine Rechtsverletzung.[6]

Gleichwohl läßt sich dies nicht bis ins äußerste Extrem durchführen. Schließlich ist das Recht doch dazu bestimmt, den menschlichen Bedürfnissen zu dienen. Daher ist es unzulässig sein Recht *bloß* dazu zu mißbrauchen, *um andere zu schädigen*. Solcher Dolus macht auch schadensersatzpflichtig. Er offenbart sich am leichtesten im *Nachbarrechte*; hier wird das Prinzip am ehesten praktisch. Der sog. Neidbau ist nicht zu dulden, ebensowenig das Graben eines Brunnens, bloß damit der Brunnen des Nachbars versiege.[7] Im allgemeinen aber ist die Ausübung der Rechte schrankenlos, namentlich im Obligationenrecht.[8][9]

Gewisse Rechte dürfen nur unter Schonung fremder Interessen ausgeübt werden, selbst wenn dem berechtigten hieraus Unbequemlichkeiten erwachsen.

---

im Gehen, Fahren, Reiten, die Ausübung eines Nießbrauches in der Perzeption der Früchte; vgl. l. 6 ff. D. quemadmodum servitutes 8, 6. Anders Thon, Rechtsnorm S. 288.

2) Vgl Pernice, Labeo Bd. 2 Aufl. 2 S. 48 ff.

3) l. 26 D, de damno infecto 39, 2 Ulpianus libro 81 ad edictum. Proculus ait, *cum quis jure quid in suo faceret*, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia, eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet, quia non debeat videri is damnum facere qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur prohibetur. Vgl. Pernice a. a. O. S. 12 ff. 2. Aufl. S. 49 Anm. 2.

4) l. 55 D. de R. J. 50, 17 Gajus libro 2 de testamentis ad edictum urbicum: nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur. L. 3 § 2 D. de homine libero exhibendo 43, 29.

5) l. 151 D. de R. J. 50, 17 Paulus libro 64 ad edictum. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.

6) Beispielsweise ist der Pfandgläubiger befugt, die Pfandsache nach Fälligkeit der Forderung auch zu ungünstiger Zeit zu verkaufen, ungeachtet des Nachteils, welcher nachstehenden Gläubigern oder dem Schuldner hieraus erwachsen könnte. — Mit der Rechtsausübung kann aber auch eine Pflichtverletzung konkurrieren, welche haftbar macht. Binding, die Normen Bd. 2 S. 291 ff. Der Pfandgläubiger veräußert z. B. nach Pfandrecht, verschleudert aber dabei die Sache dolos zum Nachteil des Pfandschuldners. Der Verkauf ist dann zwar rechtsbeständig, aber der Gläubiger ist dem Verpfänder schadensersatzpflichtig.

7) l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3 Ulpianus libro 53 ad edictum. Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, *si non animo vicino nocendi*, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. L. 38 D. de R. V. 6, 1 Celsus libro 3 Digestorum „neque malitiis indulgendum est". Über das Verbot der Schikane vgl. Rewoldt in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 677, Leop. Bauke, rechtswiss. Untersuchungen 1897, I, Blümner, die Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch 1900. Beispiele: Seuffert Archiv Bd. 32 n. 204, Bd. 35 n. 273, Bd. 37 n. 292, Bd. 45 n. 167.

8) Hier tritt dem Mißbrauch namentlich die sog. exceptio doli generalis entgegen.

9) BGB. § 226 bestimmt: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 43 S. 109.

Namentlich hat der Servitutberechtigte bei Ausübung der Servitut auf den Eigentümer billige Rücksicht zu nehmen — civiliter uti.[10]

§ 35. Kollision der Rechte.[1]

Nicht selten bestehen *nebeneinander* Rechte, die sich *tatsächlich nebeneinander nicht in vollem Umfange verwirklichen lassen*. Den hieraus sich ergebenden Widerstreit nennt man *Kollision der Rechte*.[2] Die kollidierenden Rechte können gleicher Art sein, z. B. Eigentum und eine Wegservitut. Sie können dem Vermögensrechte angehören, aber auch dem Familienrechte. Beispielsweise kollidierte in Rom vielfach das Recht der väterlichen Gewalt über die verheiratete Tochter mit dem Rechte des Ehemannes.[3]

Manche lassen eine Kollision dort nicht gelten, wo die zusammentreffenden Rechte von ungleicher Stärke sind.[4] Dies ist unrichtig. Wird z. B. ein Schuldner zahlungsunfähig und ein Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet, so kollidieren die bevorzugten mit den einfachen Konkursforderungen. Denn alle diese Ansprüche müssen aus der Masse befriedigt werden; nur wird der nicht privilegierte vom privilegierten zurückgedrängt.

Wie sich die Kollision zusammentreffender Rechte löst, bestimmt sich nach der Art und Stärke der bezeichneten Rechte. Allgemein anwendbare Grundsätze lassen sich nicht aufstellen. Es entscheidet die Eigenart der Rechte, welche gerade im Konflikte scharf hervortritt.

Für die *Gesetzgebung* und die *Ausbildung des Rechts* ist der Grundsatz maßgebend, daß wer *Gewinn erstrebt*, dem zu weichen hat, welcher *Schaden zu vermeiden* sucht.[5] Hierin liegt z. B. die tiefere Ursache, weshalb die Vermächtnisnehmer den Erbschaftsgläubigern

---

10) Vgl. BGB. § 1020.

1) Thibaut, Versuche Bd. 2 Aufl. 2 S. 242 ff. Hufeland, Geist des römischen Rechts T. II. Abt. 2 S. 1 ff. Stahl, Kollision 1826. Kierulff, S. 230. Wächter, Pand. Bd. 1 § 96 Beilage II. Regelsberger Bd. 1 § 55.

2) Die Kollision von Rechten setzt voraus, daß mehrere Rechte begründet sind, die tatsächlich kollidieren. Es liegt also keine Kollision von Rechten vor, wenn das eine Recht durch sein Bestehen das Entstehen des anderen hindert. Vgl. aber Kipp bei Windscheid § 121 Anm. 4 S. 603. Es findet sich ferner dann keine wahre Kollision von Rechten, wenn nur *ein* Recht in Frage ist, es zugleich aber zweifelhaft ist, wem dasselbe zusteht. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Erblasser etwas seinem Neffen Franz vermacht hat, und zwei Neffen dieses Namens existieren, welche das Legat ansprechen, oder wenn mehrere, denen eine Forderung gesondert zediert ist, darüber streiten, wem die Forderung zusteht. *Konkurrenz*, nicht Kollision endlich liegt vor, wenn verschiedene Rechte nebeneinander bestehen, welche *denselben Erfolg* bezwecken.

3) Über das Verhältnis der manus zur potestas vgl. Mitteis a. a. O. S. 75 ff.

4) So Kierulff S. 235, Arndts § 92 Anm. 3 d, dagegen Bekker Bd. 1 S. 73.

5) l. 41 § 1 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 46 ad edictum. In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro. Pernice macht darauf aufmerksam, daß Ulpian im 46. Buche die Kondiktionen behandelte.

nachstehen. Es können ferner Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners in dessen Konkurs nicht geltend gemacht werden.[6] [7]

Von allgemeinerer Bedeutung ist, daß sich dingliche Rechte zueinander anders verhalten als Forderungen.

a) Dingliche Rechte an derselben Sache sind meist von ungleicher Stärke.

Die dinglichen Rechte an fremder Sache gehen dem Eigentumsrechte innerhalb ihres Kreises grundsätzlich vor. Soweit jedoch dem Servitutberechtigten die Pflicht zum schonenden Gebrauche obliegt, behält der Eigentümer in Kollisionsfällen die Oberhand.

Mehrere dingliche Rechte an fremder Sache ferner ordnen sich untereinander regelmäßig nach einer festen Priorität. Sie ergibt sich überwiegend aus dem Alter der Rechte.[8] Es gilt dies für Rechte gleicher Art, z. B. für Pfandrechte, wie für solche ungleicher Art, z. B. im Fall der Kollision einer älteren Weidegerechtigkeit mit einer jüngeren Hypothek. Sind die Rechte an sich von gleicher Kraft, so überwiegt nach römischer Anschauung der tatsächliche Zustand — in pari causa est potior causa possidentis.[9]

b) Forderungsrechte haben in der Regel unter sich gleiche Stärke. Hier gewährt das höhere Alter der einen Forderung keinen Vorzug vor der anderen. Der Vorzug — privilegium exigendi —, welchen einige Forderungen im Konkurse des Schuldners haben, gründet sich auf ihren besonderen Charakter, nicht auf ihr Alter.

In der Regel entscheidet bei Forderungen das Zuvorkommen — die Prävention.[10] Hat sich jedoch dieselbe Person für dieselbe Dienstzeit in ein Dienstverhältnis bei verschiedenen Personen verdungen, so genießt der ältere Mieter den Vorzug.[11]

Wird Konkurs über das Vermögen eines Gemeinschuldners eröffnet, so tritt an die Stelle der Prävention verhältnismäßige Austeilung der Masse unter die Konkursgläubiger — pro rata.

---

6) RKO. § 63 Ziff. 4. Vgl. Ziff. 3, wonach auch Geldstrafen im Konkurse des Schuldners nicht geltend zu machen sind.

7) Die früher häufig verteidigte Regel: privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur privilegio ist falsch. Vgl. Wächter, Pand. a. a. O.

8) Vgl. übrigens BGB. § 879.

9) l. 10 D. de pignoribus 20, 1, l. 9 § 4 D. de Public. 6, 2. In manchen Fällen hat Teilung der Ausübung stattzufinden. Ihr ist das heutige Recht geneigt. In einigen Fällen entscheidet das Loos, l. 5 D. fam. erc. 10, 2; § 23 J. de leg. 2, 20.

10) Hat beispielsweise derselbe Verkäufer dasselbe Pferd zu verschiedenen Zeiten Verschiedenen verkauft, so hat nicht etwa der erste Käufer ein Vorzugsrecht vor dem zweiten. Wäre keinem freiwillig geleistet, und würden beide klagen und ein Urteil zu ihren Gunsten erhalten, so gälte als Eigentümer derjenige, welcher das Pferd zuerst dem Verkäufer durch den Gerichtsvollzieher für sich wegnehmen ließ. ZPO. § 883.

11) Vgl. l. 26 D. locati 19, 2 Ulpianus libro 2 disputationum. In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri. Der Sinn dieser Stelle ist folgender: wer mehreren Dienste versprochen hat, ist nach dem Kontrakt und der bona fides verpflichtet, die früher versprochenen zuerst zu leisten. Der zweite Mieter kann sich nicht beschweren, wenn er warten muß; der erste hat Schadensansprüche, wenn er zurückgesetzt wird. Ein Recht des früheren Mieters gegen den späteren ist hier aber nicht anerkannt.

Sechstes Kapitel.

Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.

A. Die Beziehungen neuer Gesetze zur Vergangenheit.

§ 36. Ausschließung der Rückwirkung.[1]

Neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, d. h. sie beziehen sich nicht auf das, was in der Vergangenheit rechtlich begründet ist, sondern nur auf das, was in Zukunft rechtlich begründet werden soll.

Der Satz entspringt dem geläuterten Rechtsgefühl. Denn das alte Gesetz gewährleistete, was seinen Anforderungen entsprechend entstanden war. Hierauf durften die Bürger vertrauen, wird die Garantie zurückgezogen, so erscheint dies den Betroffenen als Unbill und erschüttert bei allen das Gefühl der Sicherheit des Rechts. Um deswillen pflegten die römischen leges ausdrücklich die Rückwirkung auszuschließen,[2] aber eine unübersteigliche Schranke der Gesetzgebung lag hierin nicht. Auch den deutschen Verfassungen ist eine solche Beschränkung unbekannt.[3] Es handelt sich also um eine Maxime, über die sich der Gesetzgeber aus bestimmten Gründen hinwegsetzen kann. Er tut dies namentlich dann, wenn bestehende Rechte im Laufe der Zeit in schroffen Gegensatz zum gemeinen Bewußtsein treten, gemeinschädlich werden, als unsittlich gelten. Beispiele bilden die Aufhebung der Leibeigenschaft, der Sklaverei.

Aus dem, was gewöhnlich beobachtet wird, ergibt sich die Auslegungs-

---

1) F. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze 1818, Savigny, System Bd. 8 S. 368, F. Lassalle, das System der erworbenen Rechte, Teil I: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze 1861, 2. fast unveränderte Auflage 1880. R. Schmid, die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen 1863, Rintelen, über den Einfluß neuer Gesetze auf die zur Zeit ihrer Emanation bestehenden Rechtsverhältnisse nach röm. und preuß. Recht 1877. Die interessante Arbeit von H. Goeppert, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, blieb leider unvollendet. Sie wurde aus dessen Nachlaß herausgegeben und ergänzt von Eck in Jherings Jahrb. Bd. 22 S. 1 ff. Gabba, teoria della retroattività delle leggi 4 tom. 1868 ff., 2. Aufl. 1884. Laurent, principes de droit civil 1869 tom. 1 p. 213 ff., Chironi, della non retroattività delle leggi in materia civile 1884 Fasc. 1, Pfaff und Hofmann, Exkurse z. Kommentar d. östr. bürgl. Gesetzb. I S. 112 ff. Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse 1899, Aufl. 3, 1901. Die Geschichte der Lehre stellt dar F. Affolter, Geschichte des intertemporalen Privatrechts 1902.

2) Cic. in Verr. I cap. 42 § 109. De jure vero civili si quis novi quid instituerit, is omnia, quae ante acta sunt, rata esse non patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes praeterea de jure civili; hoc reperies in omnibus statui jus, quo post eam legem populus utatur. Vgl. l. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2. Goeppert a. a. O. S. 21.

3) In den Vereinigten Staaten von Nordamerika dagegen sind die Gesetze verfassungsmäßig nicht imstande, ihren Vorschriften rückwirkende Kraft zu geben. Derartige Bestimmungen sind nichtig und werden von den Gerichten nicht beachtet, Goeppert a. a. O. S. 49 ff.

regel: Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft zuzuschreiben, es sei denn, daß sie sich eine solche besonders beilegen.[4]

1. Unberührt bleibt hiernach die Geltung von **Rechtsgeschäften**, wenn sie den gesetzlichen Formvorschriften zur Zeit ihrer Errichtung entsprachen, trotzdem neue Gesetze später andere Formen an die Stelle setzen.

Dies gilt namentlich für Testamente, auch wenn die Änderung vor dem Tode des Testators eintrat.[5] Umgekehrt bleibt eine Testamentsurkunde wirkungslos, welche den Formvorschriften der Zeit ihrer Errichtung nicht entsprach, auch wenn sie den Anforderungen, welche später erlassene Gesetze zur Zeit des Todes stellen, genügte.[6] So ist es auch bei anderen Rechtsgeschäften.

2. Unberührt bleiben ferner unter der Herrschaft des alten Rechts begründete **Rechtsverhältnisse**. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um sog. **erworbene** Rechte handelt, d. h. durch eine **spezielle Erwerbshandlung** erlangte Rechte oder um Rechte **anderer Art**.[7] Dies schließt folgende Rechtssätze in sich:

---

4) Vgl. die l. 7 C. de legibus 1, 14, über welche aber folgendes zu bemerken ist. Der Satz, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, wurde ursprünglich auf constitutiones principum nicht bezogen, weil diese nicht sowohl neue Rechtsnormen aussprachen, als den Sinn der alten entwickelten. Da sie nun aber später Gesetze eigentlicher Art wurden, verordnete Theodosius I. in der l. 1 C. Theod. de const. 1, 1 vom Jahre 393: Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt. Eine Anwendung dieses Grundsatzes machte die l. 7 C. de legibus 1, 14 von Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 440. Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit. Die Kaiser schließen hier vorzugsweise die Anwendung neuer Gesetze auf anhängende Prozesse aus. Denn dies ist negotium, vgl. l. 3 C. eod. „interlocutiones quas in uno negotio judicantes protulimus“. So faßt die Verordnung auch Justinian auf, welcher in der c. Tanta § 23 seinen Digesten Rückwirkung gibt und auf die l. 7 Cod. cit. anspielend äußert, sie fänden Anwendung: in omnibus causis, sive quae postea emerserint, sive in judiciis adhuc pendent. Vgl. auch l. 21 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29 am Schlusse. Einen allgemeinen abstrakten Lehrsatz dürfen wir hiernach in der l. 7 Cod. cit. nicht suchen.

5) Justinian wendet diesen Satz bei Gelegenheit einer Erschwerung der Testamentsformen in der l. 29 § 7 C. de testamentis 6, 23 an: „quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem?“ ebenso in der nov. 66 cap. 1 § 4 „absurdum esset, id quod recte factum est, ab eo quod nondum erat, postea subverti“.

6) Vgl. Einf.Ges. zum BGB. Art. 214.

7) Es ist herrschende Ansicht, daß nur „erworbene“ Rechte durch neue Gesetze unberührt bleiben. Was aber erworbene Rechte sind, darüber bestehen sehr erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Einige verlangen, wie im Text hervorgehoben ist, einen besonderen Erwerbstitel. Andere verstehen unter erworbenen Rechten solche Befugnisse, welche nicht auf der natürlichen Freiheit beruhen, oder allen Staatsbürgern oder gewissen Klassen derselben ohne weiteres auf Grund allgemeiner Rechtsvorschriften zustehen, sondern für die einzelnen durch einen besonderen Rechtsgrund erworben sind, vgl. Goeppert a. a. O. S. 86 und dort Angeführte. Die Beschränkung auf erworbene Rechte hat keine Begründung in den Quellen, welche sehr allgemein von facta praeterita reden. Gegen dieselbe hatte sich Dernburg bereits in seinem Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 30 erklärt: sie wird auch von Goeppert a. a. O. eingehend bekämpft. Die Ausschließung der Rückwirkung auf erworbene Rechte zu beschränken, ist aus inneren Gründen verwerflich. Man denke: nach früherem Gesetz endigte die väterliche Gewalt mit dem einundzwanzigsten Lebensjahre des Kindes: nach einem später eingeführten Gesetze endigte sie erst mit der getrennten Wirtschaft des Kindes. Sollen nun die Kinder, welche bei Eintritt des neuen

a) Die Frage, ob ein Rechtsverhältnis *rechtlich begründet* wurde, ist nach den Gesetzen der Zeit seiner Begründung zu beurteilen.

b) Es ist unbestrittene Folge der Nichtrückwirkung neuer Gesetze, daß die Rechtswirkungen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse *bis zum Inkrafttreten des neuen* Gesetzes ergaben, durch dasselbe nicht berührt werden. Dies gilt auch dann, wenn das neue Gesetz an das Rechtsverhältnis andere Wirkungen knüpft, und wenn der Rechtsstreit über jene Rechtswirkungen erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes geführt wird.[8]

c) Es ist aber auch Folge des Prinzipes, was freilich manche nicht anerkennen, daß einmal begründete Rechtsverhältnisse trotz des Inkrafttretens neuer Gesetze diejenigen rechtlichen Wirkungen *dauernd behaupten*, welche sich aus ihnen *nach dem Gesetze ihrer Begründungszeit ergeben*. Sie unterstehen also der Herrschaft des alten Gesetzes auch nach Inkrafttreten des neuen.

Nach gemeinem Rechte konnte beispielsweise der Darlehensgeber ein ohne Zeitbestimmung gegebenes Darlehen jederzeit zurückfordern. Das BGB. § 609 bestimmt, wenn eine Zeit nicht bedungen ist, für die Rückforderung von Darlehen eine Kündigungsfrist von drei Monaten, bei Darlehen unter 100 Mark von einem Monat. Hierdurch werden Darlehen nicht betroffen, die seinerzeit unter der Herrschaft des gemeinen Rechts gegeben wurden. Sie können jederzeit ohne vorgängige Kündigung zurückgefordert werden, auch wenn sie noch so lange nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes stehen bleiben.[9]

Das *neue Gesetz* ist maßgebend, wenn Rechte zur Zeit seines Inkrafttretens erst *in der Entstehung begriffen*, aber noch nicht entstanden sind.[10] Daher ist eine laufende Verjährung in der Regel nicht nach dem Gesetze zu beurteilen, welches bei ihrem Beginne galt, sondern nach dem Gesetze, das während des Laufes der Verjährung in Kraft trat.[11] [12]

Gesetzes einundzwanzig Jahre alt sind, aber noch keine gesonderte Wirtschaft haben, wieder Hauskinder werden? Ein erworbenes Recht im Sinne der herrschenden Theorie ist ihre Selbständigkeit nicht. Dennoch wäre es zweckwidrig und der vernünftigen Absicht des neuen Gesetzes nicht entsprechend, ihnen die Selbständigkeit wieder zu entziehen. Vgl. aber auch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 23 S. 192 ff.

8) Savigny Bd. 8 S. 368 ff. schließt die Rückwirkung neuer Gesetze nur aus, soweit sie den *Erwerb der Rechte* betreffen. Dagegen legt er denjenigen Gesetzen rückwirkende Kraft bei, welche das *Dasein der Rechte* zum Gegenstande haben, sei es das Sein oder Nichtsein, sei es das So- oder Andersein der Rechte. Allein die Grenze zwischen beiden Klassen von Gesetzen ist nichts weniger als klar und fest, vgl. hierüber Goeppert a. a. O. S. 91. Was aber wichtiger ist: diese so tief greifende Einschränkung des Prinzipes der nichtrückwirkenden Kraft der Gesetze ist weder aus den Quellen, noch aus dem Wesen der Sache irgendwie zulänglich begründet.

9) Vgl. auch Einf.Ges. zum BGB. Art. 170.

10) Hiergegen führt Brinz Bd. 1 S. 98 den Ausdruck der l. 7 C. de legibus 1, 14 „pendentibus negotiis“ ins Feld. Es ist aber oben — Anm. 4 — nachgewiesen, daß hierdurch die Einwirkung neuer Gesetze auf schwebende *Prozesse*, nicht auf schwebende *Geschäfte* ausgeschlossen werden soll.

11) Auch RG. Bd. 4 S. 35 nimmt an, daß eine noch im Laufe befindliche Verjährung nach dem neuen Gesetze zu beurteilen ist. Vgl. aber auch RG. Bd. 24 S. 266, Einf.Ges. zum BGB. Art. 169.

12) Rechtsgeschäfte unter einer Bedingung unterstehen dem Rechte der Zeit des Abschlusses, nicht der Zeit des Eintritts der Bedingung, infolge der Rückziehung der Bedingung.

Ferner erhalten bloße Erwartungen keinen Schutz. Wird z. B. unmittelbar vor dem Tode des Erblassers die gesetzliche Erbfolge in der Art geändert, daß nach ihr nicht A., dem sie nach bisherigem Recht gebührt hätte, sondern B. nächster Intestaterbe ist, so ist A. durch B. verdrängt. Denn solange der Erblasser lebte, hatte A. noch kein Erbrecht, sondern nur eine Erwartung, und nachdem derselbe verstorben ist, ergeht nach dem nun geltenden Recht die Berufung nicht an ihn, sondern an B.

Neue Prozeßgesetze heben ältere auf. Von einem Rechte darauf, daß ein anhängiger Streit nach den Regeln des alten Prozesses zu Ende zu führen ist, kann keine Rede sein.

Besondere gesetzliche Vorschriften — sog. Übergangsbestimmungen — können dies alles natürlich modifizieren.[13]

§ 37. Rückwirkende Gesetze.

Gesetze können sich rückwirkende Kraft beilegen. Das geschieht durch besondere Erklärung. Eine solche liegt auch darin, daß das Gesetz sich als authentische Interpretation eines früheren bezeichnet.[1] Der Wille der Rückwirkung kann aber auch, ohne besonders ausgesprochen zu sein, sich aus dem Inhalte des Gesetzes ergeben. Dies wird namentlich anzunehmen sein, wenn das neue Gesetz den älteren Rechtszustand ändert, weil es ihn als schlechthin verwerflich ansieht.[2]

Der Wille des Gesetzes entscheidet auch über das Maß der Rückwirkung. Da die Rückwirkung immer etwas Außerordentliches ist, so reicht sie nicht weiter, als das Gesetz unzweideutig vorschreibt. Wir unterscheiden eine Rückwirkung schwächeren und eine solche stärkeren Grades.

a) Die Rückwirkung ist schwächeren Grades, wenn das Gesetz in ältere Rechtsverhältnisse derart eingreift, daß sich aus ihnen von dessen Inkrafttreten an zwar nur noch nach Maßgabe des neuen Rechts Rechtswirkungen entwickeln, die bis zu seinem Inkrafttreten erwachsenen Rechtswirkungen aber unberührt bleiben, so daß in dieser Hinsicht der bisherige Rechtszustand fortbesteht.

Ein Beispiel gibt das justinianische Recht. Nach älterem Rechte war das gesetzliche Zinsmaximum 12%. Justinian setzte dasselbe im Jahre 528 für die Regel auf 6% herab.[3] Im Jahre 529 verordnete er, daß sich dies auch auf diejenigen Zinsverträge rückwirkend beziehe, die älter als sein Zinsgesetz waren, jedoch nur hinsichtlich der Zinsen, welche nach dessen Inkrafttreten verfielen. Zinsen, welche vor dieser Zeit erwachsen waren, und die noch ausstanden, sollten nach Maßgabe des Rechts ihrer Begründungszeit einklagbar bleiben.[4]

b) Bei der Rückwirkung stärkeren Grades erkennt das Gesetz auch die Rechtswirkungen nicht an, welche vor seinem Inkrafttreten aus vorher begründeten Rechtsverhältnissen erwuchsen, wofern sie noch nachher Gegenstand richterlicher Beurteilung werden. So wurden mehrfach in Zeiten

13) Vgl. Einf.Ges. z. BGB. Art. 153 ff. Habicht a. a. O.
1) Vgl. oben § 31 S. 62.
2) Vgl. RG. Bd. 42. S. 97. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 32 Anm. 7 S. 83.
3) l. 26 C. de usuris 4, 32.
4) l. 27 C. eod.

revolutionärer Bewegungen gehässige bäuerliche Lasten in der Art aufgehoben, daß man auch die Beitreibung der vor dem Aufhebungsgesetze bereits verfallenen Prästationen untersagte.

Aber auch in solchen Fällen ist es nicht als Absicht des Gesetzes zu erachten, vor seinem Inkrafttreten durch Zahlung oder durch rechtskräftiges Urteil oder Vergleich Erledigtes nachträglich in Frage zu stellen.[5][6]

B. Räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnorm.

§ 38. Domizil. Personalstatuten.

Die Personalstatuten bestimmen das Personenrecht der Einwohner ihres Geltungsbereiches. Über ihre Anwendung entscheidet also das Domizil, nicht, wie manche annehmen, das Staatsbürgerrecht.[1]

1. Domizil — Wohnsitz — eines Menschen ist der Mittelpunkt seiner Tätigkeit, in diesem Sinne sein regelmäßiger Aufenthaltsort.[2] Derselbe fordert:

a) den Willen des regelmäßigen Aufenthalts an einem Orte, den man zum Mittelpunkte seiner Lebensverhältnisse macht;[3] Aufenthalt, welchen man bloß vorübergehend gewählt hat, z. B. als Studierender[4] oder zum

---

5) Vgl. oben § 31 Anm. 5.

6) Dasselbe gilt dann, wenn das Urteil noch nicht rechtskräftig, gegen dasselbe aber nicht die Berufung, sondern die Revision eingelegt ist. Das Revisionsgericht kann dann das neue Gesetz nicht zur Anwendung bringen, da es nur zu prüfen hat, ob das angefochtene Urteil ohne Verletzung der damaligen Gesetzgebung ergangen ist. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 32 Anm. 8 S. 84, Kipp bei Windscheid § 33 Anm. 2 S. 138.

1) RG. Bd. 8 S. 146, Bd. 14 S. 184. Den Bürger nennen die Römer civis, den Einwohner incola; das Bürgerrecht bezeichnet origo, den Wohnsitz domicilium. Viele Gesetzgebungen legen das Gewicht auf das Staatsbürgerrecht, vgl. Niemeyer, zur Kodifikation des internationalen Privatrechts 1895 S. 115 ff. Stobbe I § 30 S. 235. Nach Einf.Ges. z. BGB. Art. 7 richtet sich die „Geschäftsfähigkeit" nach der Staatsangehörigkeit. Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 36 II S. 96, § 37 S. 98.

2) Über den Begriff des Domizils siehe Bar, Theorie Bd. 1 S. 151, Wach, Zivilprozeßrecht Bd. 1 S. 399, RG. Bd. 15 S. 367, l. 7 § 1 C. de incolis 10, 40 Diocletianus. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde, cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit peregrinari jam destitit. Ähnlich schon Alfenus Varus in der l. 203 D. de V. S. 50, 16. Wie unser Text das japanische Gesetzbuch, übersetzt von Loenholm § 21: „Der Wohnsitz eines Menschen ist an dem Orte, welcher den Mittelpunkt seiner Lebenstätigkeit bildet." BGB. § 7 bestimmt: „wer sich an einem Ort ständig niederläßt, begründet an diesem Ort seinen Wohnsitz". — Auf dem Domizil beruht der allgemeine Gerichtsstand einer Person, ZPO. § 13. In dieser Beziehung trifft die ZPO. §§ 14 ff. Bestimmungen über das Domizil.

3) Verbringung ins Irrenhaus gibt dort kein Domizil; ebensowenig solche ins Arbeitshaus, Gefängnis, Zuchthaus. Vgl. Bar, Theorie Bd. 1 S 155 Anm. 15.

4) l. 2 C. de incolis 10, 40. Wer zehn Jahre am Studienort Studierens halber blieb, galt nach einer Verordnung Hadrians als dort niedergelassen. Dies wurde nicht gemeinrechtlich. Hat der Pächter, welcher auf dem Pachtgut wohnt, dort sein Domizil? — Das hängt von den tatsächlichen Umständen ab. Daß er nur auf Zeit gepachtet hat, schließt es nicht schlechthin aus. Seuffert Archiv Bd. 20 n. 183. Vgl. ZPO. § 21 Abs. 2. — Der Eintritt eines Volljährigen in ein Dienstverhältnis behufs des Erwerbes seines Lebensunterhalts begründet seinen Wohnsitz am Orte, wo er sich zur Erfüllung seiner Dienstpflicht aufhält.

Besuch, begründet kein Domizil, auch wenn sich der Aufenthalt fort und fort verlängert;

b) die Betätigung jenes Willens durch entsprechende Handlungen, z. B. durch Beziehen einer Wohnung. Unterbrechungen selbst von längerer Dauer kommen nicht in Betracht. Der Geschäftsreisende z. B., welcher stets auf Reisen ist, aber in Berlin sein Heim einrichtete, hat dort sein Domizil, wenn er auch nur kurze Zeit an diesem Orte ausruht.

Man kann seinen Wohnsitz auch da haben, wo man ein Wohnrecht nicht hat. Denn man kann erwarten, daß die Obrigkeit von dem Rechte der Ausweisung keinen Gebrauch macht.[5]

In der Regel verliert man sein bisheriges Domizil erst mit dem Erwerbe eines anderen. Es kommt aber auch Verlust des Domiziles ohne Begründung eines neuen vor.[6]

In einigen Fällen schreibt das Gesetz jemandem im Interesse des Verkehrs ein Domizil zu, ohne Rücksicht darauf, ob er es tatsächlich hat oder haben will, weil er es dort haben soll. Ein solches notwendiges Domizil — necessarium — haben Beamte an ihrem Amtssitze,[7] Ehefrauen am Ort des Domizils ihres Ehemannes.[8][9] Es ist möglich, an verschiedenen Orten zugleich Domizil zu haben.[10]

2. Zu den Personalstatuten gehören folgende Kategorien von Rechtsnormen:

a) die über die Handlungsfähigkeit der Person; die Dauer der Minderjährigkeit sowie der Umfang der Beschränkungen der Minderjährigen bestimmt sich nach dem Rechte ihres Domizils.[11]

b) Das gleiche gilt, obgleich dies manche bestreiten, bezüglich der Rechtsfähigkeit und persönlichen Stellung des Menschen, z. B. seines Namens, Standes.[12]

---

5) RG. Bd. 8 S. 146 ff.

6) Auch nach BGB. Dies ist z. B. infolge einer Ausweisung, aber auch durch Willensentschluß möglich. Freilich scheint es, daß manche römischen Juristen nur eine Translation des Domizils, keine Aufgabe desselben ohne Wahl eines neuen zuließen, vgl. l. 20 D. ad municip. 50, 1. Paulus libro 24 quaestionum. Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione. l. 1 C. de incolis 10, 40. Anders aber Ulpian libro 2 ad edictum l. 27 § 2 D. h. t. 50, 1: difficile est sine domicilio esse quemquam: puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat. Ulpians Auffassung war keine glückliche. Nur die Wahl des Domizils kann füglich dem einzelnen freigegeben werden, nicht die Frage, ob er ein Domizil haben will.

7) Nach BGB. § 9 gilt dies nur für Militärpersonen.

8) l. 23 § 1, l. 38 § 3 D. ad municip. 50, 1. Savigny a. a. O. 101 ff. BGB. § 10.

9) Eheliche Kinder teilen den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgegeben haben. Die Kinder können, wenn sie großjährig sind, einen anderen Wohnsitz wählen, vgl. l. 3, l. 4, l. 6 § 1, l. 17 § 11 D. ad municip. 50, 1. Übereinstimmend BGB. § 11.

10) l. 5, l. 6 § 2, l. 27 § 2 D. h. t. 50, 1. Ebenso BGB. § 7 Abs. 2.

11) Abweichend Zitelmann, internat. Privatrecht Bd. 2 S. 69. Eine Modifikation findet sich im Art. 84 der Wechselordnung. Sie ist auf das Wechselrecht zu beschränken.

12) Den Satz verwirft Stobbe a. a. O. Bd. 1 § 30 unter II.

c) Auch die Familienrechte sind hierher zu rechnen. Doch sind die entscheidenden Ortsbeziehungen für die einschlägigen Verhältnisse verschiedene. Die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe bestimmt sich für jeden Verlobten nach dem Orte seines Domizils; für die Form der Eheschließung genügt die Beobachtung der Norm des Ortes ihrer Vornahme. Das erste Ehedomizil, d. h. das des Ehemannes nach der Eheschließung, bestimmt dauernd das eheliche Güterrecht der Gatten. Dies gilt auch im Falle späterer Verlegung des Ehedomizils, denn es ist nicht anzunehmen, daß die Normen des neuen Domizilortes dazu bestimmt sind, in bereits begründete eheliche Güterverhältnisse einzugreifen.[13] Dagegen richten sich die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten nach ihrem jeweiligen Ehedomizil, denn in dieser Hinsicht ist das Ortsrecht schlechthin zwingend; nach demselben bestimmt sich auch ihr Ehescheidungsrecht.[14]

d) Die neuere Wissenschaft und Praxis nimmt an, daß sich das Erbrecht nach dem letzten Domizile des Erblassers richte.[15] Dies gilt unter anderem für die Frage, welches gesetzliche Erbrecht eintritt, sowie für Bestehen und Umfang der Pflichtteilsrechte[16] von Blutsverwandten und von Ehegatten, nicht minder für die Fähigkeit zum Erwerb der Erbschaft,[17] die Weise ihres Erwerbes, die Geltung von Erbverzichten. Für die Form des Testaments genügt die des Errichtungsortes.

---

13) Die Frage ist eine sehr bestrittene, vgl. Teichmann, Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts, Basel 1879, Silberschmidt, eheliches Güterrecht und Erbrecht in Böhms Zeitschrift Bd. 3 S. 132. Wenn man früher die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts durch die Unterstellung eines stillschweigenden Vertrages der Nupturienten zu begründen suchte, sich dem Rechte des ersten Ehedomizils zu unterwerfen, so war diese Stütze freilich eine sehr gebrechliche. Es bedarf aber auch dieser Stütze nicht. Die Frage ist derzeit für die Praxis erledigt durch RG. Bd. 6 S. 223, RG. Bd. 12 S. 389, Seuffert Archiv Bd. 43 S. 196, wonach auch entgegenstehender partikularer Gerichtsgebrauch nicht berücksichtigt wird. Einf.Ges. z. BGB. Art. 15 läßt „das eheliche Güterrecht nach den deutschen Gesetzen beurteilen, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung ein Deutscher war". Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 37 Ziff. 4, Anm. 8, 9 S. 99.

14) Vgl. RG. Bd. 9 S. 192, Bd. 16 S. 138, Seuffert Archiv Bd. 47 n. 259. Da dasselbe vom Ehemann bestimmt wird, so kann die Ehefrau hierdurch benachteiligt werden. Nach Einf.Ges. z. BGB. Art. 17 ist für die Ehescheidung das Recht des Staates maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.

15) Hierfür war namentlich die Ausführung Savignys a. a. O. S. 295 ff. von Gewicht. Nach Einf.Ges. z. BGB. Art. 24 wird ein Deutscher, auch wenn er seinen Wohnsitz im Ausland hatte, nach den deutschen Gesetzen beerbt.

16) RG. Bd. 8 S. 146.

17) RG. Bd. 25 S. 242.

Zweiter Abschnitt.

Das Rechtssubjekt.

§ 39. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

1. Rechtsfähig, Rechtssubjekt oder Person ist, wer Rechte haben kann,[1] [2] dem das Recht einen selbständigen Anteil an den Lebensgütern zugesteht.[3] Der Rechtsfähige darf in der Regel auch rechtlich anerkannte Handlungen vornehmen; gleichwohl kann solche Handlungsfähigkeit rechtsfähigen Personen fehlen. Dies ist bei Kindern und Geisteskranken der Fall; beschränkte Handlungsfähigkeit haben Minderjährige und entmündigte Verschwender. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit heben sich daher scharf voneinander ab.[4]

2. Handlungsfähig ist, wessen Wollen und Wissen rechtlich beachtet wird. Man unterscheidet Geschäftsfähigkeit, d. h. Fähigkeit zum Abschluß von Rechtsgeschäften,[5] und Deliktsfähigkeit, d. h. Zurechnungsfähigkeit im Falle der Vornahme verbotener Handlungen.

Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit werden durch zwingende Normen geregelt. Man kann sich daher durch Privatübereinkunft seiner Handlungsfähigkeit nicht ganz oder teilweise begeben. Es ist namentlich rechtlich wirkungslos, wenn man sich freiwillig unter eine Vormundschaft stellt.[6]

3. Das positive Recht unterscheidet zwei Kategorien von Subjekten. Die eine bilden die physischen Personen — meist die natürlichen genannt —, d. h. die Menschen; die andere die juristischen Personen, d. h. soziale Organisationen mit selbständiger Rechtsfähigkeit.[7]

---

1) Unter persona verstehen die Römer sehr oft Menschen als solche, also auch Sklaven, l. 86 § 2 D. de legatis I, l. 215 D. de V. S. 50, 16. Aber in einem spezielleren Sinne dient der Ausdruck zur Bezeichnung des rechtsfähigen Menschen, l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1. Daher sagt Theodos. II. Nov. XVII 1 § 3 „servos quasi nec personam habentes", und Theophilus zum pr. J. de stip. serv. 3, 17 nennt die Sklaven ἀπρόσωποι. Was außer dem Menschen Rechtsfähigkeit hat, von dem sagt l. 22 D. de fidejussoribus cit. „personae vice fungitur". Vgl. Schloßmann, persona und πρόσωπον im Recht u. i. christl. Dogma 1906.

2) Status ist die einem bestimmten Menschen oder einer bestimmten Personenklasse zukommende Rechtsstellung, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 96.

3) oben § 33. Binder, das Problem der jur. Person S. 53: „Rechtssubjekt sein heißt in bestimmt gestalteten rechtlichen Beziehungen stehen."

4) Binder a. a. O. S. 57: „Die Rechtsfähigkeit ist nicht Handlungsfähigkeit, aber ist ihr parallel."

5) BGB. behandelt die Geschäftsfähigkeit in den §§ 104 ff.

6) RG. Bd. 4 S. 162.

7) Bekker in Iherings Jahrbuch Bd. 2 n. 1 zur Lehre vom Rechtssubjekt verhält sich kritisch zum Begriff des Rechtssubjektes und will sich mit den Begriffen „Genießer" und „Verfüger" genügen lassen. Wo ein Genießer und ein Verfüger da sei, gewährt Bekker Klagerechte. Genießer können nach ihm auch Sachen sein, insbesondere Tiere, falls etwas für sie testamentarisch ausgesetzt und außerdem ein Verfüger bestellt ist. So will Bekker Klagen zulassen „im Namen" von Hunden und Pferden, von

4. Sind subjektlose Rechte möglich? Hierüber wird gestritten.[8] Häufig gebühren Rechte nicht den gegenwärtigen Personen, werden vielmehr künftigen vorbehalten, z. B. einem Embryo oder auch — was besonders durch Vermächtnisse möglich ist — einem künftig zu Konzipierenden, der vielleicht erst in ferner Zukunft erscheinen kann. In solchen Fällen könnte man vielleicht sagen, die Rechte seien subjektlos, weil sie sich nicht an gegenwärtige Existenzen knüpfen. In Wirklichkeit handelt es sich aber nicht um eine bloße Negation, sondern um die Beziehung des Rechts zu einer künftigen erhofften Person. Diese allerdings zunächst nur gedachte Person ist für den Fall ihrer dereinstigen Existenz das Rechtssubjekt. Die Römer suchten in Fällen dieser Art möglichst durch Fiktion ein gegenwärtiges konkretes Subjekt zu bilden, auf welches sie das Recht bezogen. Den Embryo betrachteten sie, soweit ihm Rechte zugeschrieben werden, wie eine bereits bestehende Person.

Erstes Kapitel.

Von den physischen Personen.

A. Die Existenz der physischen Personen.

§ 40. Beginn und Ende der Persönlichkeit.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit seiner Geburt und endigt durch seinen Tod.

Mauern und Türmen. Ihn schreckt nicht, daß der Richter, der namens des Hühnerhundes Tiras und der englischen Stute Bellona die ersten Klagen in die Hand bekäme, verwundert dreinschauen würde. — Mit Recht bemerkt Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 2 S. 77 ff. gegen Bekker, daß nicht der tatsächliche Genießer klageberechtigt sein kann, sondern nur, wem zu genießen zusteht, wer also Subjekt des betreffenden Genußrechtes ist. So kommt man notwendig auf das Rechtssubjekt zurück. Der Kern der Lehre Bekkers wäre hiernach, wenn er sich auch selbst hiergegen verwahrt, daß man durch private Verfügungen beliebige Dinge zu Rechtssubjekten machen könne. Dies ist aber unrichtig. Die Rechtsfähigkeit ist juris publici. Sie steht nur bestimmten Kategorien zu, die das Recht anerkennt. Hunden und Pferden, Mauern und Türmen ist sie vom Rechte nicht zugestanden. Vgl. Jellinek, System d. subjekt. öff. Rechte S. 77, Bernatzik im Archiv für öff. Recht Bd. 5 S. 256. — Bekker hat Pand. Bd. 1 S. 59 seine frühere Ausführung wesentlich begrenzt. Vgl. Binder a. a. O. S. 28 ff.

8) Windscheid Bd. 1 § 49 Anm. 3 bejaht die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten und Verbindlichkeiten ohne Subjekt. Dagegen hält Jhering, Jahrbuch Bd. 10 S. 390 den Satz, daß Rechte und Verbindlichkeiten nicht ohne Subjekt existieren, für eine der unbestreitbarsten, selbstverständlichsten Wahrheiten, so unbestreitbar, daß er eine besondere Widerlegung nicht nötig findet. Es möchte denn auch aller Feinheit und Kunst Windscheids nicht gelungen sein, begrifflich das subjektlose Recht zu begründen. Vgl. auch Zitelmann, juristische Personen S. 33, Bekker Bd. 1 S. 58, Kuntze, die Obligation S. 59 und Inhaberpapiere S. 234, Unger, krit. Überschau Bd. 6 S. 160 ff., Dworzak in Haimerls öster. Vierteljahrschrift Bd. 8, Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von der jur. Pers. S. 7, Böhlau, Rechtssubjekt und Personenrolle S. 4 ff., Bolze, Begriff der juriſt. Pers., Karlowa in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 390, Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts Bd. 1 § 29.

1. Rechtsfähig ist das menschliche Individuum, wenn es *lebendig, lebensfähig* und in *menschlicher Gestalt* zur Welt kommt.

a) Notwendig ist selbständiges Leben, d. h. Atmen nach Vollendung der Geburt, d. h. nach *vollständiger Trennung von der Mutter.*[1] Das Geborene ist rechtsfähig, auch wenn es während des Geburtsaktes verstümmelt wurde, sofern es noch nach demselben lebte.[2] Manche römischen Juristen forderten, daß das Kind nach der Geburt geschrieen habe, indem sie das regelmäßig erste Lebenszeichen als notwendiges Zeichen des Lebens erachteten. Die Sabinianer bekämpften jedoch diese Auffassung, die auch Justinian verwarf.

Das Strafrecht schützt das Kind schon dann als Menschen, wenn es *auch* nur teilweise aus dem Schoß der Mutter lebend hervorgetreten ist. Denn es ist Kindesmord, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind während oder gleich *nach* der Geburt tötet. Im Sinne des Strafrechtes ist es auch nicht notwendig, daß das Kind bereits außerhalb des Mutterleibes atmete; es genügt, daß es bei seinem Hervortreten lebte.[3]

b) Auch daß das Kind *vital* oder *lebensfähig* sei — partus perfectus — d. h. mindestens notdürftig ausgetragen, forderten die römischen Juristen und verstanden darunter, daß es sich wenigstens 6 *Monate* im Mutterleibe befand. Sonst kam nur ein Abortus zur Welt, welcher nicht als eine Person galt, wenn er auch nach der Trennung von der Mutter kurze Zeit lebte.[4]

In *dem* Sinne lebensfähig braucht aber das Kind keinesfalls zu sein, daß es mit einer zu längerem Leben befähigenden körperlichen Organisation ausgestattet ist.

c) *Mißgeburten*, welche nicht das Wesen des Menschen haben, sind keine Rechtssubjekte. Mißbildete Menschen dagegen sind rechtsfähig; Glieder zu viel oder zu wenig kommen daher für die Frage der Rechtsfähigkeit nicht in Betracht.[5] [6]

---

1) l. 3 § 1 C. de postumis 6, 29 . . . si vivus perfecte natus est. BGB. § 1. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 196, Ortloff, Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit 1890. Bewegungen des Neugeborenen, welches nicht atmete, sind Fortwirkungen des Mutterblutes, keine Manifestationen selbständigen Lebens. Vgl. Krieg, Delation der Erbschaft im Falle einer Totgeburt und Tewes in Grünhuts Zeitschr. Bd. 9 S. 135 ff.

2) l. 12 § 1 D. de liberis et postumis 28, 2.

3) Strafgesetzbuch § 217, RG. in Strafsachen Bd. 1 S. 446.

4) Früher forderte die herrschende Ansicht Vitalität nach dem im Texte dargelegten Begriffe. Diese Ansicht bekämpfte Savigny Bd. 2 S. 385 Beilage III; er fand so allgemeine Zustimmung, daß manchen die Streitfrage als erledigt galt. Aber Wächter trat wieder in gewissem Maße für die ältere Ansicht ein in den Leipziger Programmen de partu vivo non vitali progr. I—V Lipsiae 1863—1866, von denen Fitting im Archiv für Ziv. Praxis Bd. 50 n. 1 einen Auszug gibt. Seitdem haben sich viele für Wächter erklärt. Vgl. noch Bekker Bd. 1 S. 175, Bätschi, Vitalität, Züricher Inaug.-Diss. 1887, Nitschke, Vitalität, Erlang. Inaug.-Diss. 1892, Regelsberger Bd. 1 § 58 Anm. 14, Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 41 S. 359. BGB. kennt das Erfordernis der Lebensfähigkeit nicht.

5) l. 14 D. de statu hominum 1, 5 Paulus libro 4 sententiarum: Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur. Vgl. l. 38 D. de V. S. 50, 16. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 204. Vgl. Sturm bei Gruchot Bd. 29 S. 283 und die dort angeführten medizinischen Gutachten. BGB. enthält keine Bestimmungen über Mißgeburten.

6) Zusammengewachsene Zwillinge bilden *zwei* Personen. Beide sind rechtsfähig und handlungsfähig. Tatsächlich aber ist die Ausübung ihrer Rechte und die Erfüllung ihrer Pflichten an die Mitwirkung des Zwillings gebunden.

2. Verstirbt das Kind unmittelbar nach seiner Geburt, so hebt dies die rechtlichen Veränderungen nicht auf, welche sich an seinen Eintritt in die Reihe der Rechtssubjekte knüpften. Hat z. B. eine beim Tode ihres Mannes schwangere Witwe ein Kind geboren, welches mit seiner Geburt Erbe seines Vaters wurde, kurze Zeit nachher aber verstarb, so wird die Erbschaft dieses Kindes eröffnet, in welcher sich zugleich der Nachlaß des Vaters befindet. Demzufolge gelangt das väterliche Vermögen oft an andere Personen, als bei einer neuen Berufung in dasselbe der Fall sein würde. Es wird namentlich die Mutter meist Erbin ihres Kindes werden, während sie nicht oder nicht in gleichem Maße Erbin ihres Mannes geworden wäre.[7]

3. Da die Rechtsfähigkeit mit der Geburt beginnt, der Embryo im Mutterleibe — die Leibesfrucht — also bloß als Teil der Mutter gilt, so schien es folgerecht, ihn vor seiner Geburt noch nicht zu berücksichtigen.[8] Das widersprach aber der natürlichen Auffassung. Daher haben schon die 12 Tafeln dem Embryo einen Anteil an der väterlichen Erbschaft vorbehalten, wenn diese während seiner Existenz im Mutterleibe eröffnet wurde.[9] Ferner galt der Embryo den Römern als verwandt mit Blutsverwandten, die starben, während er im Mutterleibe war, trotzdem sonst der römische Begriff der Blutsverwandtschaft gleichzeitiges Leben voraussetzte.[10] Es konnte auch dem Embryo ein Kurator ernannt werden.[11] Er hatte wie private so auch öffentliche Rechte.[12] Um dies zu erklären, fingierten die römischen Juristen, daß der Embryo bereits Mensch sei. Die Neueren drücken dies durch den Spruch aus „nasciturus pro jam nato habetur".[13] Doch diese Fiktion ist durch den Zweck beschränkt, welcher sie hervorrief. Sie gilt daher nur für den Fall, daß der Embryo später Rechtssubjekt wird, und begründet für Dritte, z. B. die

7) l. 2, l. 3 in fine C. de postumis 6, 29.

8) l. 9 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2 Papinianus libro 19 quaestionum ... partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. l. 1 § 1 D. de inspiciende ventre 25, 4 ... partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum; vgl. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 452 ff.

9) l. 3 § 9, l. 6, l. 7 D. de suis et legitimis 38, 16, l. 3 D. si pars hereditatis 5, 4, vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 196 ff.

10) l. 3 D. de bon. poss. 37, 11.

11) Vgl. BGB. § 1912.

12) Andere hierher gehörige Sätze enthält l. 26 D. de statu hominum 1, 5. Im Zusammenhang damit steht auch die Regel, daß sich der Stand ehelicher Kinder durch den des Vaters zur Zeit der Konzeption bestimmt. l. 7 § 1 D. de senat. 1, 9. Der Stand unehelicher Kinder richtet sich nach dem der Mutter zur Zeit der Geburt. Sie haben im Rechtssinne keinen Vater, keine Konzeption.

13) l. 26 D. de statu hominum 1, 5 Julianus libro 69 Digestorum. Es ist dies eine dogmatische Fiktion, nicht anders wie der Satz hereditas personam defuncti sustinet d. h. der Erblasser gilt als fortexistierend, solange seine Erbschaft noch nicht angetreten ist. Daß man übrigens die Fiktion nicht bloß zum Zwecke der Annahme der Persönlichkeit des Embryos schuf, sondern auch für die Verhältnisse von Sklavenkindern verwertete, geht aus der l. 26 cit. hervor. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 446, siehe auch Goeppert, org. Erzeugnisse S. 172. Sokolowski a. a. O. S. 446.

Mutter des Embryos, keine Rechte, wenn derselbe als tot oder als Abort zur Welt kommt.[14]

4. Das Leben oder den Tod eines Menschen, beziehungsweise Leben oder Tod zu einer bestimmten Zeit hat zu erweisen, wer hierauf Rechte stützt. Namentlich ist dies der Fall, wenn davon, ob die eine von zwei Personen früher geboren oder gestorben ist als die andere, Rechte abhängen.

Sind zwei Personen verstorben, ohne daß sich feststellen läßt, welche von beiden die andere überlebt hat, so wird angenommen, daß sie beide gleichzeitig verstorben seien. Keiner gilt also als zur Erbschaft des anderen berufen.[15]

In der römischen Gerichtspraxis bildeten sich jedoch beim Versterben mehrerer in einer Gefahr, z. B. Schiffbruch, Kriegsgefahr, — sog. Kommorienten — Vermutungen bezüglich des Überlebens aus, wenn dasselbe nicht zu ermitteln war. Sind nämlich Eltern mit unmündigen Kindern in einer Gefahr umgekommen, so gelten als überlebend die Eltern, sind aber Eltern und mündige Kinder in gemeinsamer Gefahr verstorben, die Kinder.[16] Die Gefahr muß dieselbe sein. Stirbt daher die Mutter im Wochenbette und das Kind gleichzeitig an Entkräftung, so ist die Vermutung unanwendbar; denn die Gefahr für Mutter und Kind war eine verschiedene.[17] [18]

5. Die Frage der Existenz und die Familienstellung eines Menschen ist für das öffentliche und private Recht von Bedeutung. Deshalb bildete sich die öffentliche Beurkundung der Eheschließungen, der Geburtsfälle und Sterbefälle aus. Bis in die neueste Zeit geschah sie in Anlehnung an das Tridentiner Konzil[19] durch die seitens der Geistlichen geführten Kirchenbücher. Nach dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 ist sie ausschließlich Staatssache und erfolgt durch die Standesbeamten mittels Eintragung in die von ihnen geführten Bücher. Die Standes-

14) l. 231 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro singulari ad. S. C. Tertullianum. Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur, aliis autem non prodest, nisi natus.

15) l. 8, l. 9 § 3, l. 16, l. 17, l. 18 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 32 § 14 D. de don. int. vir. et uxorem 24, 1, l. 26 D. de mortis causa don. 39, 6. BGB. § 20.

16) l. 9 § 4, l. 22, l. 23 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 26 pr. D. de pactis dotalibus 23, 4.

17) Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 412 will die Präsumtion zugunsten der Mündigen auch zur Anwendung bringen, wenn es sich nicht um Aszendenten und Deszendenten handelt, also stets, wenn Mündige und Unmündige in einer Gefahr versterben. Dies ist willkürlich und hat keinen Anklang gefunden. Die Vermutung verwirft für uneheliche Kinder dem Erzeuger gegenüber Seuff. Archiv Bd. 10 n. 176, Regelsberger Bd. 1 § 60, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 42.

18) Arndts § 27 Anm. 1 sieht davon ab, daß die mehreren in einer Gefahr sterben. Die von ihm angeführte l. 11 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 beweist aber nichts für ihn.

19) conc. Trid. sess. 24 cap. 1 u. 2.

regiſter erbringen zwar vollen Beweis, aber den Beteiligten ſteht der Nachweis der Unrichtigkeit oder Unvollſtändigkeit derſelben offen.[20]

6. In Rom endete die Perſönlichkeit nicht bloß durch den Tod, ſondern auch durch capitis deminutio. Dieſelbe hieß maxima, wenn ſie auf dem Verluſt der Freiheit, media, wenn ſie auf dem Verluſt des Bürgerrechts, minima, wenn ſie auf dem Verluſt der früheren Familienſtellung beruhte.[21] Die bisherige Perſönlichkeit galt für das Privatrecht als vernichtet. Aber im Fall der capitis deminutio media erhielt er eine neue Perſönlichkeit, wenn auch ſchlechterer Art als bisher; und bei der minima gewann er häufig ſogar eine vorteilhaftere Rechtsſtellung, als er vordem beſaß. Insbeſondere galt dies für den Fall der Emanzipation.

Manche leugnen, daß die capitis deminutio ſtets Vernichtung der Perſönlichkeit zur Folge habe. Dem widerſpreche, daß von der deminutio media und minima Betroffene Perſonen blieben. Und doch iſt es eine naturwüchſige Auffaſſung, daß ein Menſch, welcher in neuer Familienſtellung mit neuem Namen auftritt, als ein anderer gilt. Dem modernen Rechte iſt die capitis deminutio minima fremd. Verluſt der Freiheit wird nicht anerkannt; Verluſt des Bürgerrechts berührt die Privatrechte nicht mehr; die capitis deminutio minima war ſchon im jüngſten römiſchen Rechte im Abſterben und wurde nie rezipiert.

B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der phyſiſchen Perſonen.

§ 41. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene.

Die oberſte Einteilung der Menſchen in Rom war diejenige in Freie und in Sklaven.[1] Sklaven waren nicht Rechtsſubjekte; ſie galten als Sachen.[2]

Des weiteren teilte man die Menſchen ein in Gewaltfreie — sui juris — und in Gewaltuntergebene — alieni juris.[3] In der älteren römiſchen Zeit beruhte hierauf die Gliederung der bürgerlichen Geſellſchaft. Der Hausvater bildete mit den Seinen, d. h. mit der Frau in manu, mit den Hauskindern in der patria potestas, mit den Sklaven in der dominica potestas und mit Freien in ſklavenähnlichem Dienſtzuſtande — mancipium — einen beſonderen Staat im Staate. Im juſtinianiſchen Rechte, in dem ſich die Gewalt nur noch auf Sklaven und auf Hauskinder bezog, iſt dies ſehr abgeſchwächt.

---

20) Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 50 S. 126.

21) l. 11 D. de cap. min. 4, 5. — Gaj. Inst. I § 161; l. 51, l. 56 D. de usufructu 7, 1. Vgl. Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 235, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 172. Andere Anſichten vertreten Savigny Bd. 2 S. 60 ff., Cohn, Beiträge Bd. 1 Heft 2 S. 44.

1) pr. J. de jure personarum 1, 3. Gaj. Inst. I § 9.

2) l. 32 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 43 ad Sabinum: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur. Über die Milderungen vgl. Adolf Schmidt, die Perſönlichkeit des Sklaven 1868, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 113.

3) pr. J. de his, qui sui vel alieni juris 1, 8. Gaj. Inst. I § 48. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 75 ff.

Die Hauskinder vollzogen nach altrömischem Rechte allen Erwerb für ihren Vater.[4] Nach justinianischem Rechte erwarben sie alles für sich, was nicht a patre oder ex re patris an sie gelangte.

Hauskinder konnten Verpflichtungen selbständig übernehmen, sofern sie großjährig waren,[5] aber zur Aufnahme von Darlehen bedurften sie infolge des S. C. Macedonianum der väterlichen Genehmigung.[6]

§ 42. Die Altersstufen.[1]

Nur allmählich erwirbt der Heranwachsende die Einsicht und Reife des Charakters, welche zu rechtlichen Verfügungen erforderlich ist. Dabei ist die Entwicklung eine verschiedene, da das eine Individuum früh reift, das andere hinter dem Durchschnitte zurückbleibt. Billigkeit scheint die Berücksichtigung der individuellen Entwicklung zu fordern. Das praktische Bedürfnis und die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs drängen auf Durchschnittszahlen. Die Durchschnittszahl muß das Maßgebende werden; die Berücksichtigung des Individuellen läßt sich aber nie ganz ausschließen.

Bezüglich des römischen Rechts ist hervorzuheben:

1. Die entscheidende Altersgrenze war die Pubertät — die Mündigkeit.

4) Vom Rechtsstandpunkte aus war der Hausvater ausschließlicher unumschränkter Eigentümer des Vermögens, welches seine Untergebenen durch Arbeit, Erbschaften, Glücksfälle erwarben. Daneben lief eine volkstümliche Auffassung, welcher besonders Paulus Ausdruck gibt, wonach dieses Vermögen dem Vater und seinen Kindern gemeinsam war. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses wurde durch diese Auffassung an und für sich nicht berührt; vgl. l. 7 pr. D. de bonis damnat. 48, 20, l. 11 D. de lib. et post. 28, 2, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 109. Über familia und pecunia siehe Mitteis a. a. O. S. 79 ff.

5) Für das klassische römische Recht steht die Verpflichtungsfähigkeit der mündigen Hauskinder fest l. 39 D. de obl. et act. 44, 7, l. 141 § 2 D. de V. O. 45, 1. Ob sie im älteren Rechte anerkannt war, ist bestritten und zweifelhaft, vgl. dagegen: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 340, dafür: Pernice, Labeo Bd. 1 S. 105. In der klassischen Kaiserzeit konnten die Hauskinder aus ihren Schulden verklagt und verurteilt werden. Es fragt sich aber, ob das Urteil gegen sie vollstreckbar war. Vermögen hatten sie keines, die Möglichkeit der Exekution gegen ihre Person stellen viele in Abrede — insbesondere Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 103 — wegen der Kollision mit dem väterlichen Rechte. Das Richtige ist folgendes: dem Gläubiger stand gegen das verurteilte Hauskind die Personalexekution offen, der Hausvater konnte aber intervenieren. Er hatte namentlich gegen den Gläubiger das interdictum de liberis exhibendis, vgl. l. 1 § 2 D. de liberis exhibendis 43, 30. Harte Väter verderbter Söhne intervenierten oft nicht, waren vielmehr zufrieden, wenn ihr Hauskind in der Schuldknechtschaft bleiben mußte. Aus einer solchen Situation ging wahrscheinlich der Vatermord des Macedo hervor, welcher zum Verbot der Darlehne an Hauskinder ohne väterliche Genehmigung führte. Vgl. l. 1 D. de S. C. Macedon. 14, 6.

6) In Rom fehlte auch dem großjährigen Hauskinde grundsätzlich das Klagerecht, das Bedürfnis führte aber zu zahlreichen Ausnahmen. Zuerst gewährte der Prätor den Hauskindern Klagen wegen ihnen angetaner Injurien, sofern der Vater abwesend und unvertreten war; l. 17 § 10 D. de injuriis 47, 10; vgl. Lenel, edictum S. 324. Andere Fälle erwähnt l. 18 § 1 D. de jud. 5, 1, l. 19 D. depositi 16, 3, l. 9 D. de obl. et. act. 44, 7, l. 17 D. de reb. cred. 12, 1; vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 160.

1) Eine gründliche Darstellung gibt Pernice, Labeo Bd. 1 S. 206. Vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 54; Bekker Bd. 1 § 49; Hölder § 25; Regelsberger Bd. 1 § 63.

Männer galten ursprünglich als puberes mit Annahme der toga virilis, wobei die Sitte, die Meinung der Familie, die individuelle bürgerliche und geistige Reife bezüglich des Zeitpunktes in das Gewicht fielen. Die Prokulianer und nach ihnen Justinian entschieden sich für die feste Altersgrenze des vollendeten 14. Jahres. Weiber wurden von jeher mit vollendetem 12. Jahre mündig.[2] Unter den impuberes unterschied man:

a) die Kinder, infantes, Personen bis zum vollendeten 7. Jahre. Ihr Wollen und Wissen war rechtlich bedeutungslos; sie durften selbständig weder Rechte erwerben noch sich verpflichten. Kraft singulärer Vorschrift konnten sie, falls sie über die erforderliche Intelligenz verfügten, Besitz erwerben.[3]

b) Unmündige, die nicht mehr Kinder sind, impuberes infantia majores. Sie waren imstande, ohne Vormund durch eigene Handlungen Rechte zu erwerben, nicht aber selbständig ihr Vermögen zu mindern.

Durch Ereignisse, die ohne den Willen des Betroffenen Verbindlichkeiten erzeugen — re — wurden Unmündige jeden Alters verbunden.

Unmündige waren zur Errichtung letztwilliger Verfügungen unfähig; insbesondere aber blieb das Recht der Eheschließung in Rom von der Mündigkeit abhängig.

c) Für die Frage, ob Unmündige durch schuldhafte Handlungen — Delikte — verpflichtet werden, kommt das Maß ihrer Einsicht in Betracht. Denn ohne Zurechnung besteht keine Verschuldung, ohne Verschuldung kein Delikt. Dieser Gedanke war freilich dem alten römischen Rechte fremd. Die zwölf Tafeln belegten den unmündigen Dieb mit Strafe, wenn auch mit einer leichteren als den mündigen. Seit der hadrianischen Zeit erklärte man aber für deliktsfähig nur pubertati proximi, d. h. Unmündige, welche sich der Mündigkeit näherten und im gegebenen Falle die Strafbarkeit ihrer Handlung erkennen konnten.[4]

---

2) In der klassischen Kaiserzeit entwickelten sich drei verschiedene Ansichten. Ulp. fragm. XI § 28: Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculejani autem eum, qui XIV annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit et habitus corporis et numerus annorum. Die Mittelmeinung des Priskus wurde die herrschende; Justinian aber verwarf sie, pr. J. quibus modis tutela finitur 1, 22.

3) l. 1 § 3 D. de a. vel a. p. 41, 2: si ejus aetatis sint ut intellectum capiant; Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 154 ff. Ursprünglich galt als infans nur, wer nicht sprechen konnte; auf Einsicht in die Worte kam es nicht an. So noch zur Zeit Hadrians, vgl. Gaj. Inst. III § 109; die spätklassische Periode erstrebte dagegen auch für die infantia eine feste Grenze. Man verfiel dabei auf die Zahl 7; l. 1 § 2 D. de adm. et per. tut. 26, 7 von Ulpian, siehe aber auch l. 9 D. de a. vel o. her. 29, 2. Die Zahl 7 ist Grundzahl, sie war den Römern heilige Zahl und ergab die Hälfte der Zeit der Unmündigkeit der Männer; Bodemeyer, die Zahlen des römischen Rechts S. 76. Dies mag die Veranlassung gewesen sein, jene Zahl zu wählen. Innere Gründe sprachen für sie schwerlich. Vgl. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 11. Buhl, Salvius Julianus I S. 151; Gradenwitz, Interpolationen S. 99 ff.; Lenel, Palingenesie Ulpian 992[3].

4) Zur Zeit des Labeo unterschied man nach den Delikten. Unmündige hafteten wegen Diebstahls und aus der lex Aquilia wegen Sachbeschädigung; wegen Beihilfe

2. Minderjährige — minores XXV annis — wurden ursprünglich in Rom von anderen Mündigen nicht unterschieden. Erst nach dem zweiten punischen Kriege bedrohte die lex Plaetoria die Übervorteilung Minderjähriger mit Strafe, gestattete auch den Minderjährigen, sich einen Kurator zur Verwaltung ihres Vermögens zu erbitten.[5] Diesem ersten Schritte folgten andere, tiefer greifende:

a) der Prätor versprach den Minderjährigen Wiedereinsetzung in den früheren Stand — in integrum restitutio —, falls sie in Leichtsinn oder Unerfahrenheit ein ihnen nachteiliges Rechtsgeschäft geschlossen hatten.[6] Ihre Rechtshandlungen waren also an sich gültig, aber verloren, wenn jene Voraussetzung zutrafen, auf Antrag die Geltung.

b) Seit Mark Aurel nötigte man die Minderjährigen indirekt, aber nachdrücklich dazu, sich selbst zur Verwaltung ihres Vermögens Kuratoren zu erbitten.[7] Die Kuratoren nahmen das Vermögen des Minderjährigen an sich und wahrten es damit tatsächlich. Die Fähigkeit der Minderjährigen, zu veräußern und sich durch Verträge zu verpflichten, wurde durch ihre Stellung unter Kuratel ursprünglich nicht berührt.[8] Aber es blieb ihnen die Restitution offen, wenn sie verletzt waren.

c) Diokletian erklärte schließlich die Minderjährigen unter Kuratel für veräußerungsunfähig, da sie entmündigten Verschwendern gleichzuachten seien.[9] Darin lag, daß sie sich auch durch Verträge nicht mehr zu vermögensrechtlichen Leistungen verbinden konnten, sofern sie durch deren Abschluß nicht ihre Vermögenslage verbesserten.

Nunmehr bestand ein Unterschied in der Handlungsunfähigkeit un-

---

zum Diebstahl und dolus hafteten sie nicht, l. 5 § 2 D. ad leg. Aquiliam 9, 2, l. 23 D. de furtis 47, 2, l. 13 § 1 D. de dolo 4, 3. Das neue Prinzip hat namentlich Julian vertreten l. 4 § 26 D. de doli mali exc. 44, 4; das alte, wonach man die Art des Deliktes unterschied, wurde damit nicht ganz verdrängt. Es ließ sich mit dem neuen bis zu einem gewissen Grad vereinigen. Diese Entwicklung hat Pernice a. a. O. S. 216 aufgehellt.

5) Die lex Plaetoria wurde zur Zeit des Plautus erlassen. Pseudolus 1, 3, 69: lex me perdit quinavicenaria, metuunt credere omnes. Über den Inhalt vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. 1 § 40, aber auch Jhering, Geist Bd. 3 Abt. 1 4. Aufl. S. 119 und Pernice, Labeo Bd. 1 S. 227, insbesondere über den plätorischen Kurator.

6) l. 1 § 1 D. de min. 4, 4.

7) pr. J. de curatoribus 1, 23. § 2 J. eod. inviti adulescentes curatorem non accipiunt, praeterquam in litem. l. 13 § 2 D. de tut. et cur. 26, 5, l. 2 § 5 D. qui petant tutoris 26, 6. Kuratoren waren gleichwohl Regel l. 1 § 3 D. de min. 4, 4. Dies namentlich um deswillen, weil die Tutoren das von ihnen verwaltete Mündelvermögen nicht an den Minderjährigen selbst, sondern nur an einen Kurator desselben herauszugeben hatten.

8) l. 101 D. de V. O. 45, 1. Modestinus libro 4 de praescriptionibus. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

9) l. 3 C. de in integrum restitutione 2, 21. Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est, si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.

bevormundeter und bevormundeter Minderjähriger. Minderjährige ohne Kuratoren waren veräußerungs- und verpflichtungsfähig, konnten aber restituiert werden. Minderjährige mit Kuratoren konnten durch ihre Willensakte nicht veräußern noch auch sich verbinden, bedurften daher gegen dieselben keiner Restitution mehr.

Alle mündigen Minderjährigen waren testamentsfähig und ehefähig ohne Unterschied, ob sie unter Kuratel standen oder nicht.

§ 43. Rechtsstellung der Frauen.

Der Mensch ist männlichen oder weiblichen Geschlechts. Zwitter, d. h. Personen, die zugleich Mann und Weib sind, gibt es nicht. Nur der Anschein eines Doppelgeschlechts kommt vor. Nach seiner physiologischen Beschaffenheit ist der anscheinende Zwitter Mann oder Weib.[1]

1. Das ältere römische Recht hatte die Frauen zurückgesetzt, vorzugsweise um die Vermögen dem Mannesstamme — den Agnaten — zu erhalten. Dies war in der klassischen Kaiserzeit abgeschwächt, aber keineswegs beseitigt. Noch standen die Frauen regelmäßig unter Tutel.[2] Ferner beerbten die Agnatinnen in der Erbklasse der Agnaten nur ihre Geschwister, während sie von den entferntesten Agnaten beerbt wurden.[3] Die Übergehung von Töchtern im Testamente des Vaters hatte nicht die Bedeutung wie die von Söhnen.[4] Im justinianischen Rechte besteht Gleichberechtigung der Geschlechter, soweit nicht die Ausschließung der Frau vom öffentlichen Leben eine Verschiedenheit bedingt; die Frauentutel ist verschwunden.[5] Im Erbrechte sind Frauen und Männer gleichgestellt.[6]

2. Der Mann gehört dem öffentlichen Leben an, der Beruf der Frau weist sie auf das Haus. Zahlreiche öffentliche Rechte und Pflichten, die dem Manne eigen sind, stehen der Frau nicht zu. Hieraus ergaben sich noch im justinianischen Rechte Einwirkungen auf das Privatrecht. Frauen waren in der Regel nicht befugt zur Vormundschaft; nur die Mutter und die Großmutter wurden zur Vormundschaft zugelassen. Aus dem Mangel politischer Rechte erklärt sich ferner die Unfähigkeit der Frauen zum Zeugnis bei römischen Testamenten. Selbst die Verbote, wonach Frauen nicht interzedieren dürfen, insbesondere das S. C. Vellejanum, führten die Römer

---

1) l. 10 D. de statu hominum 1,5 Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Quaeritur hermaphroditum, cui comparamus? Et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet.

2) Die Tutel über die Frauen behandelt Keller, Institutionen S. 243 ff. Vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 54, Regelsberger Bd. 1 § 62.

3) Gaj. Inst. III § 14.

4) Gaj. Inst. II § 123 ff.

5) Die Tutel über die Frauen scheint noch zur Zeit der Abfassung der Vaticana fragmenta bestanden zu haben. Vat. fragm. § 1, §§ 325 ff. Bei Verfertigung des römisch-syrischen Rechtsbuchs bestand sie nicht mehr. Vgl. dessen Ausgabe von Bruns und Sachau: Zweiter Teil S. 5 Londoner Handschrift § 5.

6) §§ 3 ff. J. de legitima adgnatorum successione 3, 2. § 5 J. de exheredatione liberorum 2, 13.

darauf zurück, daß Frauen dem öffentlichen Leben fern stehen, denn die Interzessionen, — d. h. der Eintritt in die Schulden Dritter, um diesen Kredit zu verschaffen, — galten in Rom als bedingt durch die politische Stellung des Mannes und durch die Beziehungen, welche diese veranlaßte.[7][8]

§ 44. Geisteskranke.[1]

1. Das altrömische Recht unterschied schroff zwischen furiosi, den offenbarem Wahnsinn Verfallenen, und dementes, Geisteskranken anderer Art. Im justinianischen Rechte kam dagegen nur das negative Moment des Fehlens normaler Geisteskraft in Betracht, nicht die Form der Geisteskrankheit.[2]

2. Geisteskranke erhalten einen Kurator. Sie sind handlungsunfähig. Ihre Handlungen gelten als ein Spiel der Naturgewalten, da ihnen die Leitung gesunder Geisteskraft fehlt. Geisteskranke können daher durch Rechtsgeschäfte, die sie persönlich schließen, nicht erwerben; sie werden nicht Besitzer, auch wenn sie Objekte körperlich ergreifen, da ihnen die Vorstellung vom Besitz mangelt.[3] Sie können sich nicht durch Rechtsgeschäfte

---

7) l. 2 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere.

8) Die Interzessionsverbote gegenüber Frauen, welche gemeinrechtlich übernommen waren, wurden für Handelsfrauen beseitigt. Art. 6 des bish. HGB., vgl. weiter Gewerbe-O. §§ 11 und 46. Landesrechtlich verloren die Interzessionsverbote im Laufe des 19. Jahrhunderts fast in ganz Deutschland ihre Kraft.

1) Audibert, Etudes sur l'histoire du droit romain I (la folie et la prodigalité) 1892, Ad. Hardeland in Iherings Jahrb. Bd. 37 n. 3. Eine lehrreiche Übersicht über die verschiedenen Formen der Geisteskrankheit gibt Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 3.—7. Aufl. Bd. 1 §§ 28 ff.

2) Die zwölf Tafeln stellten die furiosi unter die potestas ihrer Agnaten und Gentilen. Hieraus entwickelte sich später eine von Rechts wegen mit dem Ausbruch des Wahnsinns eintretende cura. Andere Geisteskranke erhielten einen Kurator vom Magistrat. Solche Geisteskranken nannte man dementes, mente capti, insani, fatui, Ausdrücke, welche gleichbedeutend sind. Bestimmungen, welche für die dementes getroffen waren, erstreckten sich nicht direkt auf die furiosi, sondern höchstens wegen Gleichheit des Grundes, und ebenso umgekehrt; vgl. l. 25 C. de nuptiis 5,4. Im justinianischen Recht stehen furiosi und dementes gleich. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 234, Cuq, les institutions juridiques des Romains 1891 S. 312, Audibert in nouvelle revue historique Bd. 14 S. 846. Gegen die Gleichstellung Hardeland a. a. O. S. 134. Oft definiert man Geisteskrankheit als einen Zustand, in welchem man „des Vernunftgebrauchs beraubt ist", dagegen Mendel in Eulenburgs Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin n. F. Bd. 49, 2.

3) Einen in gesundem Zustande erworbenen Besitz kann der Geisteskranke nicht aufgeben. l. 4 § 3 D. de usurp. 41, 3. Sokolowski a. a. O. Bd. 2 S. 383 Anm. 304. Hieraus erklärt sich ferner die l. 26 D. de manumissionibus 40, 1 Javolenus libro 4 ex posterioribus Labeonis. Servum furiosum omni genere manumissum ad libertatem perduci putat posse Labeo. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 236 Anm. 12 findet den Zweifel Labeos rätselhaft, da es bei keiner Freilassungsform auf den Willen des Sklaven ankomme. Labeo hatte aber die unförmliche Freilassung, das morari in libertate im Auge. Das Wesen dieser Art der Freilassung beruhte darauf, daß der Herr seinen Sklaven in den Besitz der Freiheit setzte; daher mußte sich fragen, ob der Erwerb eines solchen Besitzes Willensfähigkeit des Sklaven erfordere.

verbinden und nicht kontraktwidrig handeln,[4] rechtsgeschäftliche Mitteilungen an sie sind unwirksam.[5] Durch Delikte werden sie weder zivilrechtlich noch kriminalrechtlich haftbar, weil sie ihnen nicht zurechenbar sind, ein Satz verfeinerter Rechtsanschauung, welcher freilich in Rom nur allmählich durchdrang.[6] Soweit Verpflichtungen ohne Willen entstehen — re — werden auch Geisteskranke verpflichtet.[7]

3. Der Geisteskranke, bei welchem lichte Augenblicke — lucida intervalla — vorkommen, galt während derselben als handlungsfähig, auch wenn er einen Kurator hatte.[8] Hieraus ergab sich die Folgerung, daß Geisteskranke, die partiell krank, aber von ihrer fixen Idee abgesehen bei Vernunft sind, insoweit handlungsfähig bleiben, als ihre Vernunft reicht,[9] auch wenn sie unter Vormundschaft stehen. Überhaupt entzog das Stellen unter Kuratel die Handlungsfähigkeit nicht ohne weiteres.

§ 45. Verschwender.[1]

1. Verschwender — prodigi — konnten entmündigt werden. Es wurde hierbei vorausgesetzt:

a) leichtsinniges Vertun des Vermögens, so daß Verarmung zu befürchten steht. Zielloſe Vergeudung bloß der Einkünfte des Vermögens rechtfertigt die Entmündigung nicht. Wer ferner zu ernsten Zwecken, wenn auch gewagterweise, sein Vermögen verbraucht, z. B. behufs einer geplanten Erfindung, ist nicht Verschwender.[2]

---

4) Wer sein Leben versichert, nach den Bedingungen der Versicherung aber seinen Anspruch im Falle des „Selbstmords" oder der „Selbsttötung" verwirkt, behält seinen Anspruch auf die Versicherungssumme, wenn er sich in unzurechnungsfähigem Zustande tötet. Denn nur der äußeren Erscheinung nach liegt Selbstentleibung vor, in Wahrheit aber steht der sich Tötende unter dem Eindruck von Impulsen, denen er keinen Widerstand entgegenzusetzen vermag, so daß ihnen, nicht ihm selbst die Entleibung zuzuschreiben ist. Vgl. ROHG. Bd. 18 S. 211, RG. Bd. 4 S. 157.

5) Kipp bei Windscheid § 71 Ziff. 8.

6) l. 5 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2 Ulpianus libro 18 ad edictum. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum, cessabit igitur Aquiliae actio quemadmodum, si quadrupes damnum dederit Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. l. 3 § 11 D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 3 § 1 D. de injuriis 47, 10. Die Kriminalpraxis konnte sich vom Nützlichkeitsstandpunkt aus mit diesem Prinzip schwer befreunden l. 13 § 1 D. de officio praesidis 1, 18. Andere Stellen siehe bei Pernice a. a. O. S. 239.

7) l. 46 D. de obl. et act. 44, 7; vgl. l. 16 § 1 D. qui test. facere possunt. 28, 1.

8) l. 2 C. de contrahenda emtione 4, 38, l. 9 C. qui facere testamentum 6, 22. Vgl. hierüber Dernburg, Persönliche Rechtsstellung IV.

9) Es kommt vor, daß der an Geisteskrankheit Leidende und um deswillen Entmündigte zur regelmäßigen Führung seines Haushaltes oder auch seines Geschäftes fähig bleibt, und daß ihm der Vormund diese Führung überläßt. Dann ist er als ermächtigt und befähigt anzusehen, gewöhnliche Haushaltungs- und Erwerbsgeschäfte abzuschließen. Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 28 S. 344, Seuff. Archiv Bd. 47 Nr. 43, Windscheid-Kipp § 71 Anm. 3.

1) Steiniger, Entm. des Verschwenders 1890, Ad. Schwarz, Entm. des Verschwenders, Tübinger Inaug.-Diss. 1891, Audibert in dem oben § 44 Anm. 1 angef. Buch.

2) l. 12 § 2 D. de tutoribus 26, 5 . . . sic tractare bona ad se pertinentia, ut,

b) Die Verschwendung muß sich als ein eingewurzelter Hang darstellen. Eine vorübergehende verschwenderische Laune bildet keinen Entmündigungsgrund, wenn deren Folgen auch noch so schädlich sind. Manche wollen, daß die verschwenderische Lebensweise in einer krankhaften Geistesbeschaffenheit oder in abnormer Willensschwäche wurzele. Dies ist keineswegs erforderlich.[3]

2. Die Entmündigung — bonis interdicere — wegen Verschwendung beruhte in Rom auf Gewohnheitsrecht;[4] dies ging davon aus, daß man den Verschwender als einen Wahnsinnigen ansah.[5] Dementsprechend behandelte man ursprünglich die interdizierten Verschwender schlechthin wie Geisteskranke.[6] In der Folge trat aber gemäß der Natur der Sache eine Differenzierung ein. Die entmündigten Verschwender sollten fähig sein, selbständig zu erwerben, nicht aber ihre Vermögenslage zu verschlechtern.[7] Man sah hierbei auf den Gesamtcharakter des Geschäftes. Daher konnten Verschwender vorteilhafte Erbschaften antreten, trotzdem sie hiermit die Erbschaftsschulden übernahmen;[8] sie konnten auch Forderungen novieren, wenn diese Novation für sie nützlich war.[9] Selbstverständlich ist, daß Verschwender sich durch Delikte verpflichten.

---

nisi subveniatur is, deducantur in egestatem. l. 1 pr. D. de curat. furios. 27, 10. Paul. sent. III 4 a § 7. BGB. § 6 Ziff. 3 kennt auch eine Entmündigung wegen Trunksucht, dem römischen Recht war das fremd.

3) RG. Bd. 7 S. 349 ff., vgl. Steiniger a. a. O. S. 61.

4) l. 1 pr. D. de curat. furios. 27, 10 Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Unhaltbar ist die Erklärung Ubbelohdes, die Handlungsfähigkeit des Prodigus in Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 S. 672 — siehe jedoch auch Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 303 — wonach die zwölf Tafeln im Anschluß an „früheres Gewohnheitsrecht" die Entmündigung der Verschwender festgestellt hätten. Woher sollten die späteren Römer die Quellen der Bestimmungen der Tafeln kennen? Waren nicht die meisten ihrer Bestimmungen vorher Gewohnheitsrechte? Die Interdiktion der Verschwender war den 12 Tafeln fremd, lehnte sich aber an sie an. Sie war lege, sofern man sie aus dem Gesetze herauslas. So muß auch Ulp. fragm. XII § 2, XX. 13, l. 5 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2 aufgefaßt werden. Deutlicher als Ulpian läßt Paulus sent. III 4 a § 7 den Gang der Entwicklung erkennen. Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tu disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdico. Vgl. Cicero de senectute 7, 22 ... nostro more male rem gerentibus patriis bonis interdici solet. Später interdizierten die Prätoren auch wenn man nicht die Erbgüter, sondern anderes Vermögen verschwendete. Ubbelohde a. a. O. glaubt, in diesem Falle seien die Verschwender nicht nach Zivilrecht, sondern nur nach prätorischem Rechte handlungsunfähig geworden. Dies ist unrichtig. Man stelle die interdizierten Verschwender den Geisteskranken gleich und betrachtete sie daher diesen analog als zivilrechtlich handlungsunfähig. So auch Audibert in den oben § 44 Anm. 1, 2 angef. Schriften, dagegen aber Steiniger a. a. O. S. 20.

5) l. 1 pr. D. de cur. furiosi 27, 10 verbis „exemplo furiosi", l. 12 § 2 in fine D. de tut. et cur. 26, 5.

6) Eine Reminiszenz enthält l. 40 D. de R. J. 50, 17 Pomponius libro 34 ad Sabinum. Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

7) l. 6 D. de V. O. 45, 1. Wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, steht nach BGB. § 114 Minderjährigen über 7 Jahren bezüglich der Geschäftsfähigkeit gleich.

8) l. 5 § 1 D. de a. vel. o. her. 29, 2.

9) l. 3 D. de novationibus 46, 2 Pomponius libro 1 ad Sabinum. Cui bonis

Verschwender galten auch als unfähig zu letztwilligen Verfügungen.[10]

3. Im Fall der Besserung des Verschwenders erlosch die Kuratel über ihn von Rechts wegen.[11]

§ 46. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung.[1]

Ehre — existimatio — ist Wertung unserer Persönlichkeit. Sie ist innere Ehre, soweit sie sich auf das eigene Gefühl, äußere, soweit sie sich auf die Anerkennung der Gesellschaft stützt; bürgerliche Ehre endlich ist die Anerkennung unserer Rechtspersönlichkeit im Staate. Die bürgerliche Ehre kann durch Auszeichnung über das allgemeine Maß gesteigert oder durch Zurücksetzung gemindert werden. Derartige Ehrenminderungen liegen vorzugsweise auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts.

Eine gesetzliche Ehrenminderung bildete im alten Rom die Intestabilität. Ihr verfiel nach Zwölftafelrecht wer, bei einem Rechtsgeschäfte als Solennitätszeuge zugezogen, sich später des gerichtlichen Zeugnisses hierüber weigerte.[2] Der intestabilis war unfähig, Zeugnis zu leisten oder sich leisten zu lassen und deshalb testamentsunfähig. Spätere Gesetze bedrohten auch andere Vergehen mit Intestabilität. Seit Justinian trifft sie nur noch verurteilte Pasquillanten.[3]

Außerdem kannten die Römer zwei Arten von Ehrenminderung, einmal die Infamie — von Neueren infamia juris genannt — und die Anrüchigkeit, turpitudo oder infamia facti.

---

interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.

10) l. 18 pr. D. qui testamenta facere possunt. 28, 1. Auch zum Testamentszeugnis ist der Interdizierte unfähig l. 18 pr. D. cit., § 6 J. de test. ord. 2, 10.

11) l. 1 pr. D. de cur. furios. 27, 10. Ulpianus libro 1 ad Sabinum . . . tamdiu erunt ambo in curatione quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit ipso jure desinunt esse in potestate curatorum. Audibert in den études S. 304. Endigung der Interdiktion von Rechts wegen mit der Besserung des Verschwenders war der gemeinrechtlichen Praxis fremd. Vielmehr forderte sie Gerichtsbeschluß für die Wiederaufhebung. So auch ZPO. § 685.

1) Marezoll, bürgerliche Ehre 1824, Kierulff S. 95, Savigny Bd. 2 S. 170; Karlowa, zur Geschichte der Infamie in der Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 9 S. 204 ff. Aphorismen über den Ehrbegriff bei Eckstein, die Ehre 1889, Binding, die Ehre 1892. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 240 ff., Lenel in der Zeitschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 2 S. 54 ff.

2) l. 5 § 1 D. de extraordinariis cognitionibus 50, 13 Callistratus libro 1 de cognitionibus: Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. Die Konsumtion der bürgerlichen Ehre war Folge des Unterganges der Persönlichkeit durch Verlust der Freiheit. Nach heutigem Rechte kann eine Vernichtung der Ehre nicht mehr vorkommen. Nur eine Minderung der Ehre ist heutzutage möglich.

3) Gell. XV, 13 ex isdem tabulis id quoque est: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto, l. 26 D. qui testamenta facere possunt. 28, 1, l. 18 § 1 D. eod., § 6 J. de testam. ord. 2, 10. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 240.

1. Die Infamie beruht auf einem rechtlich fixierten Ehrenkodex. Sie ist ein für allemal schablonenhaft bestimmt.

Meist sucht man den Ursprung der Infamie in römischem Gewohnheitsrecht. Doch die Gewohnheit allein konnte so zahlreiche Detailbestimmungen nicht fixieren. Das Richtige ist vielmehr, daß gewisse Tatbestände in römischen Einzelgesetzen und Edikten als Ausschließungsgründe von Ehrenrechten bezeichnet waren und daß dies dann gewohnheitsmäßig von einer Verordnung in die andere hinüberführte.[4] Auch der Prätor zählte diese Fälle in seinem Edikte auf. Das geschah namentlich bei Regelung des Rechts der Postulation, d. h. des Rechts, Anträge in fremdem Namen beim Gericht zu stellen, also als Prozeßvertreter vor ihm zu erscheinen.[5] Die Aufnahme in das prätorische Edikt stellte die Fälle der Infamie dauernd fest.[6]

Der Idee nach knüpft sich jede Ehrenminderung an niedrige Gesinnung, sollte also von der Würdigung des Falles abhängen. Bei der Infamie ist aber alles äußerlich und typisch geregelt. Dies erscheint hart und unbillig. Gleichwohl hat die Institution der Aufrechthaltung äußerer Ehrbarkeit in Rom große Dienste geleistet, insbesondere die Solidität im geschäftlichen Leben gefördert.

Die Neueren unterscheiden mittelbare Infamie — infamia mediata — und unmittelbare Infamie — infamia immediata.

a) Mittelbar ist die Infamie, wenn sie sich an eine Verurteilung knüpft und nicht ohne weiteres an ehrloses Benehmen.

Vor allem war sie Folge der Verurteilung in einem judicium publicum, d. h. wegen eines durch Volksgesetz verpönten Vergehens.[7] Infam machte ferner die Verurteilung in eigenem Namen wegen vier wichtiger Privatdelikte, nämlich Raub, Diebstahl, Injurie und Betrug,

4) Cicero pro Cluentio cap. 43 § 120. Erhalten hat sich in den Bruchstücken der lex Julia municipalis von Julius Caesar aus dem Jahre 709 — vgl. Bruns fontes ed. VI p. 104 — die Bestimmung, welche die Ausschließung von Ehrenämtern wegen Infamie regelte.

5) Karlowa a. a. O. S. 220 ff., hat nachgewiesen, daß die Fälle der Infamie im prätorischen Edikte zweimal erwähnt waren, einmal bei Gelegenheit der Postulationsbeschränkungen, dann bei der Frage der Fähigkeit zur Bestellung eines cognitor. Vgl. das Ediktsbruchstück Vat. fragm. § 320. Das Edikt über die Postulationsbeschränkungen der Infamen restituiert zutreffend Lenel, edictum perpetuum 2. Aufl. S. 76 ff.; vgl. daselbst S. 89.

6) In der Kaiserzeit wurden die Worte des prätorischen Ediktes das Maßgebende. Vgl. l. 2 D. de obsequiis 37, 15 Julianus libro 14 Digestorum . . . licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.

7) l. 4 § 4 D. de his qui not. 3, 2, l. 1 § 6 D. de postulando 3, 1, l. 1, l. 7 D. de publico judicio 48, 1. Das Edikt hatte nur der Verurteilung im judicium publicum wegen calumnia, d. h. wissentlich falscher Anklage und wegen praevaricatio, d. h. absichtlichen Verrats der Anklage gedacht. In der Kaiserzeit knüpfte man die Infamie an jede Verurteilung in einem judicium publicum. Ursprünglich verstand man hierunter das Verfahren vor den Geschworenen, der quaestio publica, später das Verfahren bei dem nach Maßgabe der lex urteilenden Magistrate, welcher an die Stelle des Geschworenengerichtes als Richter getreten war.

ebenso die Verurteilung in dem außerordentlichen Strafverfahren — judicium extraordinarium — wegen solcher Vergehen. Auch privater Abkauf der Strafe infamierte.[8]

Endlich wurde infam, wer es wegen eines Gesellschaftsvertrages, Tutel, Mandat, Depositum, und nach klassischem Rechte im Falle einer Fiducia zur Verurteilung kommen ließ. Dies bezog sich aber nur auf die actio directa; bloß beim Mandat im Falle eines Treubruches des Mandanten auf die a. contraria.[9] Wurde der Beklagte im Zivilprozesse durch einen Prokurator vertreten, so trat keine Infamie ein. Der Prokurator wurde nicht infam, weil er nur als Vertreter verurteilt war, und der Vertretene nicht, weil das Urteil nicht auf seinen Namen ging, sondern auf den des Prokurators. So umging man das harte Gesetz.[10]

b) Häufig war die Infamie unmittelbare Folge gewisser Tatsachen ohne vorgängiges richterliches Urteil. Wurden die Tatsachen in Abrede gestellt, an welche sich die Infamie schloß, und hierüber gerichtlich entschieden, so konstatierte das Erkenntnis nur die bestehende Infamie, dieselbe war also nicht Folge des Erkenntnisses.[11] Unmittelbare Infamie knüpfte sich unter anderem an schimpfliche Entlassung aus dem Heere;[12] an zahlreiche geschlechtliche Verfehlungen, insbesondere gleichzeitiges doppeltes Verlöbnis sowie Bigamie,[13] Verletzung des Trauerjahres durch die Witwe,[14] gewerbsmäßige Unzucht und gewerbsmäßige Kuppelei; endlich war sie Folge des Auftretens als Schauspieler.[15] Nach vorjustinianischem Rechte machte auch Konkurs infam.[16]

Die einmal verwirkte Infamie war lebenslänglich. Nur Begnadigung durch Senat oder Kaiser — in integrum restitutio — konnte dem Infamen die Ehre zurückgeben.[17]

Die Infamie schloß von Ehrenämtern aus;[18] sie bildete ferner ein Hindernis für die Ehe mit Unbescholtenen[19] und hatte Unfähigkeit zur Postulation für Dritte bei Gericht zur Folge.

8) l. 4 §§ 5 ff. D. h. t. 3, 2, l. 14 D. eod. Vgl. Savigny S. 176, Marezoll S. 134 ff.

9) Gaj. Inst. IV § 182, l. 6 § 5, l. 7 D. h. t. 3, 2.

10) l. 6 § 2 D. h. t. 3, 2.

11) Unmittelbar infam war die im Ehebruch ergriffene Frau. Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papiam l. 43 § 12 D. de ritu nuptiarum 23, 2 führt aus: si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto etsi absoluta sit post deprehensionem adhuc tamen notam illi obesse debere, quia verum est, eam in adulterio deprehensam: quia factum lex, non sententiam notaverit.

12) l. 2 D. h. t. 3, 2.

13) l. 13 § 2 D. h. t. 3, 2.

14) l. 8 ff. D. h. t. 3, 2.

15) l. 2 § 5 D. h. t. 3, 2.

16) Gaj. Inst. II § 154, IV § 102, lex Julia municipalis 115 ff. Anders im Falle der cessio bonorum l. 11 C. de causis, ex quibus infamia 2, 11.

17) l. 1 § 9, § 10 D. de postulando 3, 1. In der Lebenslänglichkeit der Infamie lag etwas Hartes, ja Grausames.

18) Cicero pro Cluentio cap. 42, l. 6 § 3, l. 12 D. de decur. 50, 2, l. un. C. de infamibus 10, 59.

19) Vgl. über dieses Eheverbot Savigny Bd. 2 Beilage VII S. 517 ff.

2. Neben der Infamie kommt die turpitudo vor, d. h. die auf einem schimpflichen Lebenswandel beruhende soziale Mißachtung. Sie wird nach individuellen Momenten bestimmt. Mit der Besserung der Sitten und der Rehabilitierung in der Gesellschaft hört sie auf. Über sie befindet das richterliche Ermessen.

Die Erbeseinsetzung einer persona turpis berechtigte die Geschwister des Erblassers, welche als dessen nächste gesetzliche Erben galten, und denen das Pflichtteil nicht hinterlassen war, zur Anfechtung des Testamentes, weil der Schimpf der Übergehung durch die Bevorzugung eines solchen Erben als gesteigert erschien.[20] Dies ist die einzige, gesetzlich besonders normierte Folge der turpitudo.

Daß die Infamie in Deutschland rezipiert wurde, ist zweifellos; denn die Gesetze des alten Reichs setzten ihre Geltung voraus und bestimmten neue Fälle und Folgen derselben.[21] Doch erstreckte sich die Rezeption nicht auf alle römischen Fälle; insbesondere trat in Deutschland nie Infamie ein als unmittelbare Folge der Verurteilung aus Kontraktsklagen.[22] [23]

Zweites Kapitel.

Die juristischen Personen.[1]

A. Allgemeines. Die Arten.

§ 47. Verhältnis der juristischen zur physischen Person.

1. Außer dem menschlichen Individuum haben eine selbständige Rechtsfähigkeit gewisse, der menschlichen Gesellschaft angehörende Organisationen. Solche Organisationen pflegt man derzeit juristische Per-

---

20) l. 27 C. de inofficioso testamento 3, 28 — Constantinus.

21) Zahlreiche Reichsgesetze, welche die Infamie erwähnen, zitiert Savigny Bd. 2 S. 227. Über die Aufnahme und Weiterbildung der Infamie im kanonischen Rechte vgl. Hinschius, Kirchenr. Bd. 5 S. 41 ff.

22) Denn die Praxis erforderte, daß in dem Urteil der „überwiesenen Treulosigkeit" ausdrücklich Erwähnung geschehen sein müsse, wenn die Infamie eintreten sollte, Glück Bd. 5 S. 196, und dies geschah nicht. Andere erachteten geradezu die Infamie wegen Verurteilung aus Kontrakten als beseitigt.

23) Für die Unanwendbarkeit der Infamie im gemeinen Rechte erklärte sich schon früher namentlich Savigny Bd. 2 S. 228. Das deutsche Strafgesetzbuch hat aber die Infamie vollständig beseitigt, indem es den Verlust der Ehrenrechte nach germanischen, den römischen fremden Gesichtspunkten ordnete. Mandry, zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 88. Windscheid Bd. 1 § 56. Strafgesetzbuch § 32.

1) Aus der Literatur über die juristischen Personen heben wir hervor: Savigny Bd. 2 S. 235, welcher die ältere Literatur anführt, Brinz, Pand. 1. Aufl., 2. Abt. 1868 S. 979 ff. 2. Aufl. Bd. 3 §§ 432 ff., Böcking I §§ 62—66, Bekker Bd. 1 § 59 ff., Hölder §§ 26—29, Regelsberger Bd. 1 §§ 75 ff., Salkowski, zur Lehre von den juristischen Personen 1863, Böhlau, Rechtssubjekt und Personenrolle 1871, Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen 1873, Bolze, der Begriff der juristischen Person 1879,

sonen zu nennen; im vorigen Jahrhundert war der Ausdruck moralische Person in Übung, so daß man moralisch in dem Sinne von „transzendent" d. h. über der Körperwelt hinausliegend auffaßte.

Arten der juristischen Personen sind Korporationen[2] — Körperschaften — d. h. Personalgesamtheiten, ferner Anstalten, d. h. öffentliche Einrichtungen, endlich Stiftungen, d. h. nützlichen Zwecken gewidmete Vermögen.

Unter den juristischen Personen haben eine besondere rechtliche Stellung die öffentlichen, d. h. der Staat und die ihm zugehörigen Organisationen mit selbständiger Persönlichkeit, sowie die katholische Kirche und die evangelische Landeskirche mit ihren Organisationen. Die übrigen juristischen Personen sind private.[3]

2. Es ist herkömmlich, die juristischen Personen als fingierte zu betrachten. Die Idee der Fiktion zieht sich seit der Zeit der Postglossatoren durch die Literatur und hat bis zum heutigen Tage Vertreter.[4] Der ursprüngliche Begriff der Persönlichkeit, führt insbesondere Savigny aus, falle mit dem des Menschen zusammen; denn um des Menschen willen sei alles Recht da. Dieser ursprünglichen Idee entspreche die Formel: jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig. Durch Ausnahmerecht sei jedoch des Nutzens halber die Rechtsfähigkeit auf künstliche, durch bloße Fiktion angenommene Subjekte ausgedehnt worden. Das seien dann die juristischen, d. h. die bloß zu juristischen Zwecken geschaffenen Personen.

Lange suchte man auf solche Fiktion die Theorie der juristischen Personen zu gründen. In neuerer Zeit aber gab sie den Anlaß zu dem Unternehmen, die Theorie der juristischen Personen aus den Angeln zu heben und deren Existenz zu leugnen. — Insbesondere erklärte Brinz dem Begriffe der juristischen Person den Krieg. Von fingierten Personen zu sprechen, sei ein Fehler; es liege darin das Zugeständnis, daß eine wirkliche Person fehle, denn fingierte Wesen seien nicht existierende. Was nicht existiere, könne aber keine Rechte haben. Fingiertes ferner könne

---

Karlowa in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 381 ff. und Burckhard in ders. Zeitschr. Bd. 18 n. 1. G. Rümelin, Methodisches über jur. Pers. 1891, Zweckvermögen 1892. Mommsen, zur Lehre von den iur. Personen in der Zeitschr. d. Sav.Stiftg. rom. Abt. Bd. 25 S. 33 ff. Ein reiches Material hat verarbeitet Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht. Vor allem ist hier wichtig Bd. 3 „die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland". Hierzu kommt: Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887. Vgl. noch Grabenwitz in Grünhuts Zeitschr. Bd. 18 S. 337. — Reichhaltig Giorgio Giorgi, la dottrina delle persone giuridiche 1889—1892, 3 Bde. Eigenartige Anschauungen entwickeln Hölder, natürl. und juris. Personen 1905 und in Jherings Jahrb. Bd. 53 sowie Binder, das Problem der juristischen Person 1907.

2) Die Römer bezeichneten nur die Privatkorporationen als „corpora", die Neueren verstehen unter Korporationen alle Personengesamtheiten.

3) Über die Kennzeichen der Einteilung besteht keine Einigkeit. Unsere Bestimmung entspricht dem geschichtlich gegebenen Tatbestand. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 91.

4) Vgl. Gierke a. a. O. Bd. 3 S. 362, Savigny Bd. 2 S. 226, Kierulff S. 129. Sehr gute Bemerkungen über Savignys Theorie bei Binder a. a. O. S. 10 ff.

nicht wollen, ohne „Wollen und Dürfen" aber bestehe kein Recht, ohne die Fähigkeit hierzu keine Rechtsfähigkeit. Wirklich vorhanden sei nur ein Zweckvermögen, nämlich ein Vermögen, welches niemandem gehöre, aber zu gewissen Zwecken diene. In diesem Vermögen fänden sich Eigentum ohne Eigentümer, Forderungen ohne Gläubiger, Schulden ohne Schuldner — subjektlose Rechte.[5]

Mit diesen Ausführungen wird die ungesunde Idee der Fiktion zu Tode gehetzt, aber das Wesen der juristischen Person nicht getroffen.

Es ist eine kulturelle Notwendigkeit, daß sich die Vermögensfähigkeit nicht bloß an Individuen, sondern nicht minder an soziale Organisationen knüpfe. Denn die Verteilung der Sachgüter unter die Individuen ist zwar eine zweckmäßige, auf höheren Kulturstufen unentbehrliche Form des Gesellschaftslebens. Aber das Individualeigentum bedarf einer Ergänzung seiner Einseitigkeit. Diese liegt eben darin, daß neben den physischen Personen[6] Personengesamtheiten, Anstalten, Stiftungen die privatrechtliche Vermögensfähigkeit haben; erst dadurch werden sie fähig, kulturellen Zwecken zu dienen.

Die juristischen Personen sind freilich nichts Körperliches, aber keineswegs etwas Unwirkliches; sie sind Vorstellungen, aber um deswillen nicht Fiktionen. Beides ist nicht identisch. Denn die Fiktion denkt etwas einem Tatbestand hinzu oder von ihm hinweg, was nicht ist, im Widerspruch mit der Realität der Dinge. Die Vorstellung der juristischen Person unterstellt dagegen das Wirkliche einem ihm entsprechenden Begriffe. Der Begriff einer Gemeinde z. B. knüpft sich an Land und Leute, die in einem gewissen Verhältnisse stehen. Diese Vorstellung entspricht der Wirklichkeit. Sie ist kein Erzeugnis der Phantasie sondern des Verstandes; sie hat Allgemeingültigkeit.[7]

---

5) Brinz a. a. O. 2. Aufl. §§ 60 ff. Die juristische Person, meint B., gehöre so wenig in die Personenlehre, wie etwa die Vogelscheuche in die Naturgeschichte des Menschen gehöre, weil sie einen Menschen vorstelle. — Die Grundanschauung von Brinz teilt Bekker Bd. 1 S. 196, doch widerstrebt er nicht „einstweiliger Beibehaltung" der juristischen Person mit Rücksicht auf Herkommen und Bequemlichkeit, wenn man sich nur hüte, aus der Fiktion weitere Folgerungen zu ziehen, „als man eben brauchen kann". Dagegen Karlowa a. a. O. S. 381, G. Rümelin a. a. O., Regelsberger Bd. 1 § 76. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 254.

6) Die Äußerung der l. 2 D. de statu hominum 1, 5 von Hermogenianus libro 1 juris epitomarum: hominum causa omne jus constitutum est zieht insbesondere Savigny a. a. O. S. 2 dafür an, daß natürlicherweise nur Menschen Rechtssubjekte seien. Mit Unrecht. Unzweifelhaft ist alles Recht um der Menschen willen da. Aber auch das Recht der juristischen Personen dient den Menschen.

7) Nicht begründet ist, daß die Römer die juristische Persönlichkeit auf eine Fiktion stützten. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 281. Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 104, hat ihn nicht widerlegt. Mit Unrecht bezieht man sich auf l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1 von Florentinus libro 8 institutionum. Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas. Florentin erklärt hier die Rechtsfähigkeit der hereditas jacens damit, daß sie an Stelle eines rechtsfähigen Menschen stehe, wie dies auch bei juristischen Personen der Fall sei. Er will vergegenwärtigen, daß es außer den physischen auch vorgestellte Personen gebe. Es ist schwer

§ 48. Korporationen.

Die juristische Person fiel bei den Römern mit der Korporation zusammen; Anstalt und Stiftung galten nicht als besondere Rechtsinstitute, man unterstellte sie korporativen Vereinigungen, welche die mit ihnen verbundenen Zwecke vertraten.

1. Das Vorbild aller Korporationen war den Römern die Volksgemeinde; das aerarium populi romani bildete ihr Vermögen.[1] Aber diese Volksgemeinde war souverän und bestimmte selbst die Grenzen ihrer Rechtsfähigkeit. Sie kannte über sich keinen Richter und war daher in Rechtsstreitigkeiten mit Privaten Partei und Richter zugleich. Vertreten wurde sie durch Beamte, deren Stellung zur Gemeinde, wie nach außen das Staatsrecht regelte. Trat der populus auch in privatrechtliche Beziehungen zu einzelnen Bürgern, so standen diese Rechtsgeschäfte dank der souveränen Stellung des einen Kontrahenten nur in beschränktem Maße unter der Wirkung des jus civile.

---

begreiflich, wie man aus einer solchen Parallele eines juristischen Schriftstellers weittragende Schlüsse ziehen kann. Was Brinz Zweckvermögen nennt, deckt sich auch nicht mit dem Tatbestande des gegebenen Rechts. Es bestehen juristische Personen, die keinerlei Vermögen haben. Eine Universität z. B., die aus staatlichen Mitteln erhalten wird, kann mit Korporationsrechten ausgestattet sein, ohne irgendwelches Vermögen zu besitzen. Trotzdem hat sie Vermögensfähigkeit und kann durch Vermächtnisse oder Schenkungen Vermögen erwerben. Dagegen sagt freilich Demelius in Jherings Jahrbuch Bd. 4 S. 121: „was vor der Existenz eines Vermögens besteht, ist nur das ganz außerhalb des Privatrechts Liegende", „sie sind erst juristische Personen dadurch, daß sie und sobald sie in Vermögensbeziehungen treten". Vgl. auch Brinz 2. Aufl. Bd. 3 S. 459.

1) Über das Vermögens- und Verkehrsrecht des republikanischen Staates vgl. Heyrowsky, leges contractus 1882 und vor allem Pernice, Parerga II in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, neue Folge Bd. 5 S. 1. Eine besondere Stellung nahm beim Beginn des Principats die kaiserliche Kasse — der Fiskus — ein. Sein juristischer Charakter ist bestritten. Mommsen, Staatsrecht Bd. 2 S. 998 ff. erklärt die Person des Kaisers als das Rechtssubjekt; damit müßte er unter die Normen des ordentlichen Privatrechts treten, so auch Brinz im Münchener Sitzungsber. 1886 S. 486 ff. Dagegen Hirschfeld, röm. Verwaltungsgeschichte S. 8; Kniep, societas publicanorum, Bd. 1 S. 174 ff. und namentlich Mitteis, röm. Privatrecht S. 250 ff., er faßt den Fiskus „als eine vom Kaiser ressortierende Anstalt auf, welche die Bedürfnisse der kaiserl. Verwaltung zu decken bestimmt war". Damit wäre der Fiskus von vornherein in eine Analogie zum aerarium pop. rom. gebracht. Longo im Arch. Giurid. Bd. 47 S. 109 nimmt einen allmählichen Übergang des Fiskus vom Privatvermögen des Kaisers zur juris. Person als Staatsgut an; das ist sehr ansprechend, aber kaum beweisbar. Die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Staates ist eine einheitliche. Hieran ändert nichts, daß die Verwaltung des Staatsgutes verschiedenen Kassen — stationes fisci — zufällt: vgl. l. 2 C. de solutionibus 8, 42 Imp. Alexander. Liberari fidejussores, quotiens fiscus tam creditori quam debitori licet diversis stationibus succedit, jus certum est, quod et in tua persona procuratores mei custodient. In der l. 1 C. de compensationibus 4, 31 wird freilich die Kompensation mit Forderungen an die eine Kasse auf Schulden an eine andere ausgeschlossen. Allein dies war fiskalisches Spezialrecht „propter confusionem diversorum officiorum". Das Recht des Fiskus war in Einzelheiten ein singuläres; es standen ihm zahlreiche Privilegien zu. Er hat gesetzliche Pfandrechte, l. 1, 2 C. in quibus causis 8, 14. Über das Exekutionsprivilig der προτοπραξία vgl. Mitteis a. a. O. S. 371 f. Ferner berechnet der Fiskus aus Kontrakten seinen Schuldnern stets Zinsen, gibt aber seinen Gläubigern keine, wenn sie nicht vereinbart sind; l. 17 § 5 und 6 D. de usuris 22, 1, l. 43 D. eod.

2. Der Volkskorporation waren die Organisationen der verschiedenen Stadt- und Landgemeinden nachgebildet. Ihre rechtliche Stellung näherte sich indessen derjenigen von Privatpersonen, weil ihnen die Souveränität und damit die freie Bestimmung ihrer Rechtsfähigkeit grundsätzlich oder doch tatsächlich fehlte.[2] Rechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden und Privatpersonen unterstanden demnach regelmäßig der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit. Freilich die Vertretung der Gemeinden erfolgte durch Beamte mit öffentlichem Charakter; diese Vertretung war ihre Pflicht wie ihr Recht[3] und konnte als amtliche Machtvollkommenheit nicht beliebig nach den Bedürfnissen des Verkehrs geändert werden. Die Beamten haben grundsätzlich die Verfügung über das Gemeindegut, die Bürger oder municipes den Genuß an ihm.

3. Die Privatkorporationen hatten ihren Ursprung in den alten religiösen Verbänden der sodalicia oder sodalitates, den später vom Staate für neue Kulte geförderten collegia cultorum und den Handwerkerverbänden, deren Entstehung sagenhafte Überlieferung auf Numa Pompilius zurückführte.[4] Auch gesellige Zwecke machten sich geltend und gegenseitige Unterstützung der Glieder, besonders häufig war die Verbindung von Sterbekassen mit den Kollegien. Die freie Entfaltung des Vereinslebens in der römischen Republik erfuhr eine Beschränkung unter dem Principat. Von jeher hatte man sich in den Kollegien mit politischen Fragen, Wahlangelegenheiten u. dgl. beschäftigt, jetzt bestand die Gefahr, daß sie zu Zufluchtsstätten der republikanischen Opposition und regierungsfeindlicher Verschwörungen würden.[5] Dem sollte eine strenge Kontrolle durch den Staat entgegenwirken, vor allem galt es die Begründung von Vereinen zu beaufsichtigen. In diesem Sinne entstand wahrscheinlich unter Augustus eine lex Julia und die Wichtigkeit des Gegenstandes führte zu mehrfacher Wiederholung dieser Vorschrift in der Gestalt von Senatsbeschlüssen und kaiserlichen Erlassen.[6] Nur gewisse uralte unpolitische aber der Regierung für Steuerwesen und Volksernährung wichtige Verbände ließ man unbehelligt. Jede neue Vereinigung bedurfte der Genehmigung durch den Senat in Rom, Italien und den Senatsprovinzen, durch den Princeps

---

2) Als Reste der früheren Souveränität mögen sich die publizistischen Formen bei Veräußerungen von Gemeindevermögen, bei Verpachtungen der Stadtgüter oder Vergebung städtischer Arbeiten an Unternehmer erhalten haben; Mitteis a. a. O. S. 381 ff.

3) Vgl. namentlich Binder a. a. O. S. 64 ff.

4) Mommsen, de collegiis et sodaliciis Romanorum, pag. 27 ff. Liebenam, zur Geschichte und Organisation des röm. Vereinswesens S. 5 ff. Gérard, des corporations ouvrières à Rome 1884 S. 3 ff. Cohn, zum röm. Vereinsrecht S. 21 ff. und Mitteis a. a. O. S. 391 ff.

5) Suetonius, Octavius Augustus § 32: plurimae factiones, titulo collegii novi, ad nullius non facinoris societatem coibant.

6) Von der lex Julia wissen wir eben nicht viel. Erwähnt ist sie nur im Corp. Inscr. lat. 6, 2193. Cf. Gajus libro tertio ad edictum prov. — l. 1 pr. D. quod cujuscumque universitatis 3, 4 — Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 396.

in den kaiserlichen Territorien.[7] Die römischen Privatkorporationen haben sich sowohl in der republikanischen als auch der kaiserlichen Zeit immerhin in einer gewissen Anlehnung an den allmächtigen Staat ausgestaltet, der für sie Vorbild[8] und Schirmherr war. Anders im germanischen Mittelalter, wo das unentwickelte Staatsleben den kulturellen Bedürfnissen des Volkes in keiner Hinsicht gewachsen war. Hier erschienen in unerschöpflicher Fülle blühende Privatverbände als wichtige Förderer nicht nur des wirtschaftlichen Lebens, sondern auch des deutschen Bürgersinnes, der sich im staatlichen Gemeinwesen nicht hinreichend betätigen konnte.[9] Später ist die erstarkende Territorialgewalt der deutschen Landesherren aus den gleichen Gründen wie das römische Principat bestrebt gewesen, über das Vereinswesen eine gewisse Aufsicht zu gewinnen. Trotz dieser durch allgemeine Kulturverhältnisse bedingten Verschiedenheit in der Entwicklung wird man einen prinzipiellen Gegensatz zwischen den römischen und germanischen Anschauungen über die Natur der Körperschaften schwerlich anerkennen dürfen.[10]

4. Die Kirche galt ursprünglich als Korporation, d. h. als die Gemeinde der Gläubigen. Aber das in der katholischen Kirche liegende Autoritätsprinzip führte dazu, in den Kirchen und kirchlichen Einrichtungen öffentliche Anstalten zu erblicken, welche über den Gläubigen stehen.[11] Auch die protestantischen Landeskirchen haben mehr oder weniger bestimmt den Charakter von obrigkeitlich gesetzten Anstalten.[12]

---

7) Gajus loc. cit. nennt die societates vectigalium publicorum, aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum. Ferner die für die Getreideversorgung wichtigen Bäcker- und Schiffsreederverbände. Suetonius loc. cit. erwähnt collegia antiqua et legitima, die man habe bestehen lassen. Über die Publikanensozietäten gehen die Meinungen sehr auseinander. Vgl. R. Schmid, Archiv für ziv. Praxis Bd. 36 S. 166, Rösler in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 4 S. 274, Salkowski, juristische Personen S. 29, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 295, M. Cohn, zum röm. Vereinsrecht S. 155, Kniep, societas publicanorum Bd. 1 S. 297 ff. Manche vergleichen die societas publicanorum mit modernen Erwerbsgenossenschaften. Es schwebt ihnen das Bild der heutigen Aktiengesellschaft vor (Rösler) oder der Kommanditgesellschaft; Dietrich, die rechtliche Natur der societas publicanorum. Allein dies ist schwerlich richtig; vielmehr liegt eine Kombination mehrerer Rechtsverhältnisse vor. Den Vertrag mit dem Staat schloß regelmäßig ein sog. Manceps ab, um den sich die übrigen Teilnehmer nach Gesellschaftsrecht gruppierten; sie hatten untereinander die actio pro socio auf Teilung und Ausgleichung; lex Malacitana cap. 65 l. 65 § 15 D. pro socio 17, 2. Dem Staat gegenüber waren diese Gesellschafter neben dem Manceps haftbar und standen bei der Ausübung ihrer Steuerrechte der Bevölkerung gegenüber unter staatlicher Kontrolle. Wieweit sich die Publikanen daneben noch als Berufsgenossenschaften mit konstantem Charakter organisierten, läßt sich nicht ermitteln; Mitteis a. a. O. S. 405.

8) l. 1 § 1 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes etc.

9) Diesen kulturhistorischen Unterschied haben uns namentlich die Arbeiten Gierkes zum Bewußtsein gebracht; vgl. deutsches Genossenschaftsrecht 3 Bde., deutsches Privatrecht Bd. 1.

10) Darauf hat schon Regelsberger hingewiesen, Pandekten Bd. 1 S. 295 ff.; ferner Kniep a. a. O. S. 268 ff. Binder a. a. O. S. 74 ff. und namentlich Mitteis a. a. O. S. 342 ff.

11) Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 251. Schulte, die juristischen Personen der katholischen Kirche 1869. Brinz Bd. 2 S. 497 ff.

12) Gierke a. a. O. Bd. 3 S. 799.

Dagegen bilden Religionsgesellschaften anderer Art, denen die Rechte juristischer Persönlichkeiten verliehen sind, private Korporationen.

Der Unterschied zeigt sich in folgendem. Wenn alle Mitglieder einer katholischen oder protestantischen Gemeinde aus der Kirche austreten, so bleibt dieselbe dennoch als juristische Person bestehen. Religionsverbände anderer Art finden ihr Ende, wenn die sämtlichen Glieder sie verlassen.

§ 49. Gegensatz von Korporation und Gesellschaft.

Eine Personenverbindung zur Erreichung gemeinsamer Zwecke ist in zwei Formen möglich, nämlich in derjenigen der *Korporation* und der *Gesellschaft*. Beide Formen der Assoziation wurden von den Römern in scharfer Folgerichtigkeit ausgebildet.

1. *Jhering* hat die Ansicht verteidigt, daß auch bei Korporationen deren *Mitglieder* die wahren Rechtssubjekte bilden, so daß die juristische Person nur die nach außen gekehrte eigentümliche Erscheinungsform ihrer rechtlichen Beziehungen sei.[1] Dies gibt kein richtiges Bild. Die *Gesamtheit*, die Korporation ist wie nach außen, so auch nach innen *selbständiges Rechtssubjekt*. Ihr gehört das Korporationsvermögen, ihr dessen Verwaltung und dessen Nutzung. Dies tritt in folgenden Rechtssätzen zutage.

a) Die Korporation ist *unabhängig* von der *Individualität ihrer Glieder*. Sie bleibt dieselbe bei deren Wechsel. Sie erhält sich möglicherweise Jahrhunderte hindurch.[2]

b) Das Vermögen der *Korporation* ist *nicht* Vermögen der *Korporationsgenossen*.[3] Die Forderungen der Korporation sind nicht Forderungen ihrer Mitglieder, die Schulden der Korporation ver-

---

1) Jhering, Geist des römischen Rechts 4. Aufl. Bd. 3 Abt. 1 S. 356. Er erachtet die juristische Person als bloßes Aftersubjekt, denn es widerspreche dem Rechtsbegriff, daß jemand Rechte habe, welcher nicht selbst genußfähig sei. Bei den Stiftungen sieht Jhering in den Destinatären, also in den Armen, Kranken, Kunstfreunden soweit irgend tunlich, die wahren Rechtssubjekte. Den Gegensatz zwischen Gesellschaft und Korporation leugnet Binder a. a. O. S. 85 ff.

2) l. 76 D. de judiciis 5, 1. Alfenus Varus libro 6 Digestorum. Populum eundem hoc tempore putari, qui adhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret. l. 7 § 2 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum: In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint.

3) l. 6 § 1 D. de divisione rerum 1, 8 Marcianus libro 3 institutionum. Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum: ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo servum civitatis posse torqueri divi fratres rescripserunt. ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus. l. 1 § 7 D. de questionibus 48, 18, l. 10 § 4 D. de in jus vocando 2, 4 — l. 1 § 15 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Folgerecht steht nichts im Wege, daß die Korporationsmitglieder an Grundstücken der Korporation Servituten erwerben, was nicht anginge, wenn sie Miteigentümer derselben wären. Umgekehrt kann die Korporation an Grundstücken der Korporationsmitglieder Servituten erwerben.

pflichten die Korporationsmitglieder nicht.[4] Die Korporation kann allerdings zur Tilgung der Korporationsschulden Umlagen nach Maßgabe der Korporationsverfassung ausschreiben; die Gläubiger aber haben keinen Anspruch gegen die Korporationsglieder wegen der Korporationsschulden.

c) Die Korporation allein ist dazu legitimiert, in Angelegenheiten der Korporation zu klagen und verklagt zu werden. Sie wird hierbei durch ihren Vorstand vertreten, fehlt es an einem solchen, durch besonders zu wählende Repräsentanten.[5] Die Korporationsglieder sind hiernach in den Prozeßsachen der Korporation nicht Partei und von der Ausübung des Richteramtes und vom Zeugeneide nicht ausgeschlossen. Dies leidet jedoch Ausnahmen, wenn sie entweder die Korporation im Prozesse repräsentieren,[6] oder wenn sie unmittelbar am Ausgange des Prozesses beteiligt sind.

d) Die Handlungen der Glieder der Korporation berechtigen und verpflichten die Korporation nur, wenn sie auf Grund der Korporationsverfassung zu deren Vertretung berufen sind.

e) Die Mitglieder dürfen eine Verteilung des Vermögens der Korporation nicht fordern und dessen Erträge nicht beanspruchen. Sie können bei ihrem Austritte aus der Korporation Auszahlung eines Anteils nicht verlangen.

2. Auch die Gesellschaft erscheint als Vereinigung mehrerer,[7] um gemeinsamer Zwecke willen, sie ist aber ein obligatorisches Vertragsverhältnis der Glieder untereinander. Rechte und Pflichten knüpfen sich an die Gesellschafter. Daher läßt die Gesellschaft einen Wechsel der Personen der Gesellschafter nicht zu und sie löst sich in der Regel durch den Tod, oder durch den Austritt auch nur eines der Beteiligten auf. Im Falle des Eintritts eines neuen Mitgliedes entsteht eine neue Gesellschaft.

Das Eigentum und die Rechte, welche namens der Gesellschaft erworben werden, gehören den Gesellschaftern. Die Schulden verpflichten die Gesellschafter persönlich. Klagen und verklagt werden können nur die Gesellschafter als solche.

Jedes Mitglied kann nach römischem Rechte seinen Anteil am gesell-

---

4) l. 7 § 1 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum. Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

5) l. 7 pr. D. h. t. 3, 4. l. 1 §§ 2 ff. D. eod. In Rom geschah die Repräsentation im Prozesse durch einen zu wählenden Syndikus. Nach der heutigen Organisation ist der Syndikus nur ein Glied des Vorstandes oder gar nur der Vertreter des Vorstandes in Prozeßangelegenheiten. Über den Gerichtsstand der Korporationen vgl. ZPO. § 17, auch § 22. Zustellungen erfolgen an den Vorstand, ZPO. § 184, Eide hat dieser auszuschwören, vgl. ZPO. § 473.

6) RG. Bd. 2 S. 400.

7) § 5 J. de societate 3, 25.

schaftlichen Vermögen veräußern, einseitig der Gesellschaft ein Ende machen, Teilung des Gesellschaftsvermögens fordern.[8]

3. Der Gegensatz zwischen Korporation und Gesellschaft ist nach deutschrechtlicher Anschauung weniger schroff als in Rom.[9]

a) Die Korporation vor allem gilt als berufen, auch Rechte zu wahren, welche ihren Gliedern als solchen gebühren. Insbesondere ist die Gemeinde befugt, Gerechtigkeiten, welche den Gemeindegenossen überhaupt oder einzelnen Klassen derselben oder Besitzern von Grundstücken in ihrer Markung zustehen, durch Klage geltend zu machen oder zur Abwehr von Ansprüchen, die gegen dieselben erhoben werden, negatorisch zu klagen.[10]

b) Da nach römischem Sozietätsrecht die gesellschaftlichen Rechte zwischen den Gesellschaftern geteilt sind, gibt es hier kein besonderes Gesellschaftsvermögen. Das deutsche Recht dagegen hat das Band unter den Gesellschaftern fester geschlungen in den Gemeinschaften zur gesamten Hand. Der Name ist einem tatsächlichen Vorgang entnommen, der Vereinigung der Hände bei Begründung des Rechts der Genossen, wie sie im Mittelalter üblich war. Dies Symbol ist längst außer Gebrauch. Das rechtlich Eigentümliche der Gemeinschaft zur gesamten Hand, die Gemeinsamkeit des Rechts an dem Gesellschaftsgut, hat sich erhalten. Hier findet sich keine Teilung unter den Gesellschaftern, das ganze gesellschaftliche Gut ist vielmehr ungeteiltes Gut der Genossen. Infolgedessen bildet es ein Sondergut, welches sich von dem privaten Vermögen der Teilnehmer rechtlich scheidet.[11] Zwischen den Gegensatz des einheitlichen und geteilten Rechts, auf den sich das römische Recht beschränkt, stellt das deutsche und moderne Recht also ein drittes, nämlich das Gesamtrecht der Gesellschafter.[12]

c) Zahlreiche Gesellschaften haben sich weitere korporative Eigentümlichkeiten angeeignet, die nach den besonderen Zwecken der einzelnen bald überwiegen, bald weniger einschneidend wirken. Die Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die eingetragenen Genossenschaften sind Korporationen.[13]

---

8) l. 14 D. pro socio 17, 2.

9) Hierüber vgl. vorzugsweise Gierke, Genossenschaftstheorie.

10) Haubold, opuscula tom. II p. 547. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 8 S. 195 ff. Seuff. Archiv Bd. 1 n. 1, Bd. 16 n. 97. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 205. Hellwig, Wesen u. subj. Begrenzung d. Rechtskraft 1901 § 70 S. 518. Das Urteil für und gegen die Gemeinde hat Rechtskraft gegenüber den Gemeindegliedern. Das Recht einzelner geltend zu machen, daß gegen die Gesamtheit rechtskräftige Urteile ihr Immobil aus einem besonderen Grunde nicht treffen, bleibt dabei unberührt. Daß den römischen Urzuständen dieses Verhältnis zwischen Körperschaft und Mitgliedern keineswegs fremd gewesen ist, weist Mitteis nach, a. a. O. S. 342 ff.

11) Heusler, Institutionen des deutschen Rechts Bd. 1 S. 223 und Gierke a. a. O. insbesondere S. 339, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 80.

12) Dieser Art ist die Gesellschaft des BGB. § 705 ff.

13) Das hat sich der preußische Fiskus zu nutze gemacht, er besteuert einmal das Einkommen, welches die „Aktiengesellschaft" aus dem Unternehmen bezieht, und außerdem das Einkommen, welches die „Aktionäre" aus dem Unternehmen zu beanspruchen haben. Vgl. hierüber Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 69 Anm. 4 S. 183 und über die

§ 50. Anstalten und Stiftungen.

Außer den Korporationen können Anstalten und Stiftungen mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet sein.[1]

1. Eine solche **Anstalt** ist namentlich der Fiskus. Juristische Persönlichkeit steht ferner zu gewissen dem Staate oder Gemeinden zugehörigen Anstalten, wie z. B. den Universitäten; in ihnen haben sich bis heute allerdings gewisse korporative Einrichtungen erhalten, aber reine Korporationen, wie dereinst im Mittelalter, sind die Universitäten nicht mehr.

Kirchsprengel, Bischofsstühle, Seminarien und andere Organisationen der protestantischen Landeskirchen und der katholischen Kirche sind gleichfalls Anstalten mit juristischer Persönlichkeit.[2]

2. Eine Unterart der Anstalten bildet die **Stiftung**. Sie ist eine für die Dauer berechnete Anstalt mit selbständiger Rechtsfähigkeit, welche behufs Erreichung eines bestimmten **Zweckes mit Vermögensmitteln** ausgestattet wird. Seit der christlichen Kaiserzeit erwuchsen im römischen Reiche zahlreiche **milde Stiftungen** — piae causae — z. B. Armen-, Waisen- und Krankenhäuser mit selbständiger Persönlichkeit.[3 4] Die neuere Zeit kennt außerdem Stiftungen zu anderen nützlichen Zwecken, insbesondere zu künstlerischen und literarischen. Auch Familienstiftungen kommen vor, welche den Interessen eines bestimmten Geschlechts dienen.

Den Stiftungen tatsächlich nahestehend, juristisch aber von ihnen durchaus verschieden sind Zuwendungen, welche einem **bestehenden** Rechts-

---

genannten Handelsgesellschaften überhaupt §§ 80 ff. Nur einzelne korporative Eigentümlichkeiten haben die offenen Handelsgesellschaften, bei welchen mehrere Personen unter einer gemeinsamen Firma mit persönlicher Haftung ein Handelsgewerbe betreiben. Dieselben sind keineswegs, wie manche behaupten, juristische Personen, sondern Gesellschaften. Ihr Vermögen gehört den Gesellschaftern, diesen fließen die Nutzungen zu, die Verwaltung ist eine gesellschaftliche. Dennoch sind diese Gesellschaften befugt, als Einheit unter ihrer Firma Eigentum zu erwerben, als Einheit zu klagen und verklagt zu werden.

1) Früher identifizierte die Theorie die Korporationen mit den juristischen Personen, vgl. Roth in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 188 Anm. 1. Savigny Bd. 2 S. 242 unterscheidet Korporationen und Stiftungen. Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 60 unterscheidet Körperschaften u. Anstalten, zu den letzteren rechnet er auch die Stiftungen. Dem ist beizutreten.

2) Vgl. oben § 48.

3) Roth, über Stiftungen in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 197 nimmt an, die piae causae hätten im römischen Rechte nicht eine selbständige Persönlichkeit gehabt, es habe bloß, da sie nur als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, eine von der Kirche abgeleitete Persönlichkeit bestanden. Indessen durfte der Stifter selbständig Administratoren ernennen oder die Ernennung Dritten, z. B. Erben, übertragen, und die Bischöfe hatten nur die Aufsicht. Die restituierte l. 45 § 3 C. de episcopis 1, 3 besagt: verum si quos specialiter defuncti rebus praeposuerunt, illos administrationem habere sinant neque ipsi administrent, sed inspiciant. Nov. 131 cap. 10. Die Administratoren vertraten die Stiftung in Rechtsgeschäften und Prozessen, l. 48 § 1 C. de episcopis 1, 3. Hierin liegt die selbständige Persönlichkeit der piae causae offen vor.

4) Über Stiftungen vgl. Gierke, Deutsch. Privatr. § 78, Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 27, Kohler, Archiv für bürg. Recht Bd. 3 S. 228. Stiftungen zu milden Zwecken sind privilegiert. Insbesondere gilt dies für letztwillige Verfügungen zu ihren Gunsten.

subjekte, z. B. dem Fiskus, einer Gemeinde, einer Kirche, einer Universität zu bestimmtem Zwecke gemacht werden.[5]

Der Stifter und seine Erben sind befugt, die stiftungsmäßige Verwendung der Stiftungsgelder zu fordern.[6] Es besteht ferner öffentlichrechtliche Pflicht zu stiftungsmäßiger Verwendung, so daß die Aufsichtsbehörde bei Zuwiderhandlungen einschreiten kann.[7]

3. Die ruhende Erbschaft, d. h. der Nachlaß eines Verstorbenen vor Antritt des Erben, repräsentiert den Erblasser. Es ist also ein gedachtes Subjekt Träger der Rechte und Pflichten der ruhenden Erbschaft.

Hierin liegt ihre Ähnlichkeit mit den juristischen Personen. Im übrigen findet sich nichts Verwandtes. Die juristische Person besteht um allgemeiner Zwecke willen, die ruhende Erbschaft wird im Interesse des einzelnen Individuums, nämlich des Erben, personifiziert. Die juristische Person ist in der Regel für die Dauer,[8] die ruhende Erbschaft nur für eine Übergangszeit bestimmt. Die Rechtsnormen, welche die juristische Person beherrschen, sind auf die ruhende Erbschaft nicht anwendbar.[9]

---

5) Vgl. hierüber Regelsberger Bd. 1 § 87 I, Pernice, Labeo Bd. 3 S. 150. — Ist dies Vermögen, wenn tatsächlich gesondert, dem Zugriff der Gläubiger des „Fiduziars" entzogen? Vgl. Kohler im Archiv für bürg. Recht Bd. 3 n. 3.

6) Es steht dem Stifter und seinen Erben Klage auf Rückgabe des Stiftungsvermögens — condictio sine causa — aber auch Klage auf Verwendung für die Stiftungszwecke offen. Wird aber die Stiftung durch die Aufsichtsbehörde infolge ihres Reformationsrechts zu einer anderen als der stiftungsgemäßen Verwendung genötigt, so wird es unmöglich, dem Stiftungswillen Genüge zu tun, dem müssen sich auch die Erben des Stifters fügen. Sie haben dann weder Klage auf Erfüllung noch auf Rückgabe.

7) Den Stiftungen analog zu behandeln sind die in der modernen Zeit häufigen durch „Sammlungen" pekuniär begründeten „gemeinnützigen Unternehmen" z. B. zur Errichtung eines Denkmals für einen großen Mann. Die eingezahlten Beiträge gehören dem „Unternehmen". Sie gehen aus dem Eigentum der Beisteuernden heraus und werden gleichwohl nicht Eigentum der Sammler, so daß diese sie ungestraft unterschlagen dürften. Sie sind noch viel weniger herrenlos und damit gegen Diebstahl und Unterschlagung vogelfrei. Die Sammler vertreten das Unternehmen und schließen für dasselbe Verträge, durch welche sie amtliche Rechte und Pflichten erwerben. — Die Auffassungen sind freilich sehr geteilt. Es handelt sich um eine neuerdings hervorgetretene rechtliche Erscheinung, welche weder gesetzlich noch gewohnheitsrechtlich geregelt ist, vgl. Bekker Bd. 2 S. 283, Regelsberger a. a. O. und Streifzüge in d. Göt. Festgaben für Ihering 1892 S. 70, Isay in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 409. Binder a. a. O. S. 142, Fischbach, das Sammelvermögen, Straßburger Inaug.-Diss. 1907; Geigel in Puchelts Zeitschrift für deutsches BR. und franz. Ziv.Recht Bd. 35; Kiepert, die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken nach dem BGB., Dissert. 1903; Luther, das Sammelunternehmen, Leipziger Inaug.-Diss. 1907. BGB. § 1914 gestattet die Bestellung eines Pflegers für ein derartiges Vermögen, wenn die zu der Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind. Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 94 S. 288. Kleemann, die Pflegschaft für Sammelvermögen, Berliner Inaug.-Diss. 1902.

8) Das betont namentlich Binder a. a. O. S. 61 ff.

9) Meistens behaupten die Neueren die ruhende Erbschaft sei eine juristische Person. Aber die hierfür angeführte — oben § 47 Anm. 7 abgedruckte — l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1 zieht nur eine Parallele zwischen den Verhältnissen. Es liegt kein Grund vor, weiter zu gehen und die hereditas jacens den juristischen Personen unterzuordnen. Siehe auch Dusi, la eredità giacente 1891, insbes. S. 62, 116.

B. Entstehung und Ende.

§ 51. Begründung der juristischen Person.

Die juristische Persönlichkeit liegt im Wesen gewisser Organisationen, so daß sie ihnen von ihrer Entstehung an notwendig innewohnt. Hiervon abgesehen bedarf sie besonderer Begründung.

1. Die selbständige Vermögensfähigkeit ist ein wesentliches Attribut des Staates. Bildet sich ein neuer Staat, so steht ihm folglich unmittelbar juristische Persönlichkeit zu. Als daher der norddeutsche Bund und später das deutsche Reich geschaffen wurden, hatten sie vom Augenblicke ihrer Existenz an juristische Persönlichkeit.

Nicht weniger wesentlich ist die selbständige Persönlichkeit den Gemeinden. Entsteht also eine neue Gemeinde gemäß der staatlichen Ordnung, so ist sie ohne weiteres juristische Person. Auch eine Kirche hat selbständige Persönlichkeit, wenn sie, neu gestiftet, vom Staate anerkannt ist.

Historisch begründet ist die juristische Persönlichkeit der Universitäten; auch anderen staatlichen Anstalten, z. B. Gymnasien, Banken teilt sie der Staat nach Bedürfnis zu.

2. Private können Privatkorporationen und Stiftungen in das Leben rufen. Sie bilden eine Korporation, wenn sie sich zu erlaubten Zwecken unter einer korporativen Verfassung vereinigen;[1] sie begründen Stiftungen, wenn sie entweder durch letztwillige Verfügung oder durch einen Stiftungsakt unter Lebenden Vermögen zu einem nützlichen Zwecke aussetzen und ihm eine selbständige Verwaltung geben.[2]

Bedarf es außerdem einer besonderen Verleihung der Persönlichkeit durch die Staatsgewalt?[3] Viele erachten dies als

---

1) l. 85 D. de V. S. 50, 16 Marcellus libro 1 Digestorum. Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est. Vgl. hierzu die lex Ursonensis (Bruns fontes ed. VI p. 123) cap. 67. Man will jedoch auch Begründung einer Korporation durch zwei Personen verstatten. Windscheid § 60 Anm. 6, Arndts § 44 Anm. 2.

2) Auch die Stiftung unter Lebenden ist ein einseitiger Akt, nicht wie RG. B. 5 S. 145 ausführte, ein Vertrag, welcher die Annahme seitens der Stiftungsorgane fordert. Das RG. a. a. O. schloß aus seiner Auffassung, daß die Formen einer Schenkung notwendig seien. Literatur über diese Frage siehe bei Regelsberger Bd. 1 § 88 Anm. 16. Nach BGB. § 81 ist das „Stiftungsgeschäft" ein einseitiger schriftlicher Akt; bis zur Erteilung der staatlichen Genehmigung ist der Stifter zum Widerruf der Stiftung befugt. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 92 S. 280.

3) Diese Frage ist eine alte. Die Glossatoren forderten für Korporationen in Gemäßheit der römischen Gesetze staatliche Erlaubnis, was dann allerdings vielfach mit staatlicher Verleihung der Korporationsrechte identifiziert wurde, vgl. Gierke Bd. 3 S. 206, S. 288, S. 368, dagegen vertreten bereits die Postglossatoren im wesentlichen freie Konstituierung der collegia voluntaria ohne obrigkeitliche Genehmigung, Gierke a. a. O. S. 438. Unter den Neueren sind die Ansichten sehr geteilt. Mit der Ansicht des Textes stimmen überein Beseler, Privatr. § 67, Windscheid § 60, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 63. Der entgegengesetzten Ansicht sind Mühlenbruch

begrifflich notwendig. Die juristische Person, behaupten sie, sei etwas Künstliches, um deswillen also nur durch besondere Staatsakte in das Leben zu rufen. Der Grund ist nicht zutreffend. Korporationen und Stiftungen sind durch die Organisation der menschlichen Gesellschaft geforderte und in ihr wurzelnde Bildungen. Daher entwickeln sie sich naturwüchsig und zur Zeit der römischen Republik durften Privatkorporationen uneingeschränkt entstehen.[4] Aus politischen Gründen verboten die lex Julia und spätere Erlasse die freie Konstituierung von Vereinen.[5] Man knüpfte infolgedessen jede neue Vereinsbildung mit oder ohne korporativem Charakter an besondere Genehmigung des Senates oder des Kaisers. War aber ein Verein mit korporativer Verfassung zugelassen, so hatte er ohne weiteres die Rechte juristischer Persönlichkeit.[6] Einer ausdrücklichen Verleihung der Korporationsrechte durch den Staat bedurfte es also auch in der Kaiserzeit nicht.

In Deutschland rezipierte man die römischen Vereinsgesetze mit ihren Beschränkungen und Verboten nicht. Daher war gemeinrechtlich

---

bei Glück Bd. 40 S. 5, Kierulff S. 132, Savigny Bd. 2 S. 275, Stobbe Bd. 1 § 52 Anm. 6. Bei Stobbe ist die Literatur zusammengestellt. Vgl. noch Hellmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 78 S. 381.

4) Eine Handhabe gab die Zwölftafelgesetzgebung, l. 4 D. de collegiis 47, 22. Karlowa, röm. Rechtsg. Bd. 2 S. 65. Die Ansichten sind übrigens geteilt. Vgl. einerseits Pernice, Labeo Bd. 1 S. 290, andererseits M. Cohn, Vereinsrecht S. 27 und Gierke Bd. 3 S. 80 Anm. 67. Bei Gierke finden sich ausgiebige Literaturangaben.

5) l. 1 pr. D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. Vgl. über die leges Juliae Pernice a. a. O. S. 299. Das Verbot bezog sich hiernach ursprünglich nur auf die collegia, nicht auf die societates der Publikanen, und war zunächst nur für Rom erlassen. Jedoch wurde es durch Senatuskonsulte und kaiserliche Konstitutionen über die ursprünglichen Grenzen hinausgeführt.

6) Vgl. l. 1 § 1 D. h. t. 3, 4 Gajus libro 3 ad edictum provinciale. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat. Siehe ferner l. 20 D. de rebus dubiis 34, 5 Paulus libro 12 ad Plautium . . . nulla dubitatio est quod, si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur. Corpus habere, licet coire weist auf die Begründung von Verbänden mit korporativer Verfassung hin. Diese hat an sich mit der obrigkeitlichen Genehmigung nichts zu tun. Die Alten vertraten hier ihre eigene philosophische Begriffslehre ähnlich wie z. B. heute die neueren Germanisten. Nach der antiken Metaphysik stellte die verfassungsmäßig organisierte Gesellschaft ein corpus dar, ein σῶμα ἐκ διεστώτων, welches gleich der universitas rerum durch den τόνος der Organisation zusammengehalten wurde; vgl. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 51 ff. Wie trotz ihrer Zugehörigkeit zur Sachgesamtheit die Einzelsache ihren Bestand als Rechtsobjekt bewahrte so auch das Einzelsubjekt in der Körperschaft. Und wie die Sachgesamtheit, obgleich sie Rechtsobjekt ist wie die Einzelsache, dennoch kraft ihrer besonderen Natur gewisse Rechtswirkungen z. B. die Ersitzung ausschließt — Sokolowski a. a. O. Bd. 2 S. 196 ff. —, so gilt die Körperschaft als Rechtssubjekt, obschon sie in mancher Hinsicht dem physischen Subjekt nicht gleichsteht. Die Alten hatten demnach von der begrifflichen Konstituierung des Verbandes eine klare Vorstellung, wenngleich ihnen die obrigkeitliche Genehmigung nicht als Verleihungsakt der Korporationsrechte erschien. In diesem Sinne ist die alte Kontroverse zu entscheiden; vgl. gegen die Verleihung der Korporationsrechte: Arndts § 44 Anm. 4, Windscheid § 60 Anm. 3, Pernice a. a. O. S. 303; dafür Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 97 Anm. 219.

Zusammentreten zu Vereinen und insbesondere auch zu Korporationen, ohne besondere Staatsgenehmigung gestattet.[7] [8] [9]

3. Bezüglich der Stiftungen ist in den römischen Quellen nirgends von Staatsgenehmigung die Rede.[10] Sie hätte den Tendenzen der christlichen Kaiserzeit Roms, welche die milden Stiftungen möglichst begünstigte, nicht entsprochen. Auch gemeinrechtlich bedurfte es ihrer daher nicht.[11]

§ 52. Ende der juristischen Person.

A. Die juristische Person ist in ihrer normalen Gestalt auf die Dauer angelegt. Die Begründung einer juristischen Person bloß auf Zeit oder bis zur Erreichung gewisser Zwecke ist etwas Außergewöhnliches, doch nichts Unmögliches.[1] Die juristische Person erlischt dann mit dem Termine oder mit der Erreichung ihrer Zwecke.[2]

Hiervon abgesehen erlischt die juristische Person gemeinrechtlich:

1. mit Wegfallen ihrer Grundlage.

a) Die Korporation insbesondere hört auf, wenn Korporationsmitglieder nicht mehr vorhanden sind. Dagegen genügt das Übrigbleiben eines

---

7) Landesrechtlich war überwiegend staatliche Verleihung für den Erwerb der Korporationsrechte gefordert. Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 65 Ziff. V, 2 S. 168.

8) Das BGB. § 21 knüpft die Korporationsrechte nichtwirtschaftlicher Vereine — oben § 48 Ziff. 3 — an Einhaltung gewisser gesetzlicher Bedingungen — sog. Normativbestimmungen — und Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. Aber wenn der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, so hat die Verwaltungsbehörde das Recht des Einspruchs gegen die Eintragung sowie das Recht, dem eingetragenen Vereine die Rechtsfähigkeit wieder zu entziehen. BGB. § 61 Abs. 2, § 43 Abs. 3. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 75 S. 204.

9) Privatvereine mit veränderlicher Mitgliedschaft und korporativer Verfassung, welche staatlich nicht als Korporationen anerkannt sind und deshalb bloß erlaubte Gesellschaften bilden, konnten nach der Praxis immerhin als Einheit klagen und verklagt werden. Damit war bis zu einem gewissen Grade ihre Rechtsfähigkeit anerkannt, sie bildeten also Halbkorporationen. RG. Bd. 4 S. 56, Bd. 8 S. 156, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 56. So auch ZPO. §§ 50 Abs. 2, 735 für die nach BGB. nicht rechtsfähigen Vereine, jedoch nur hinsichtlich der passiven Parteifähigkeit.

10) Die nov. 67 und nov. 131 cap. 7 verlangen allerdings zur Grundsteinlegung von Bethäusern und Klostergebäuden die Gegenwart und das Gebet des Bischofs. Hierin sieht Gierke Bd. 3 S. 121 — ähnlich wie früher Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 17 — die Notwendigkeit der Genehmigung der milden Stiftungen durch die Kirchenoberen, die in dieser Richtung unbedenklich als Organe der Staatsgewalt angesehen werden könnten. Es ist offenbar, daß jene Novellen nicht ausreichen, um so weittragende Schlüsse zu rechtfertigen. Die restituierte l. 45 C. de episcopis 1, 3 gibt vielmehr zu erkennen, daß die milden Stiftungen auch ohne bischöfliche Genehmigung in Kraft traten. Übrigens war die Frage, ob Stiftungen gemeinrechtlich der staatlichen Genehmigung bedürfen, eine höchst bestrittene. Für deren Notwendigkeit erklärt sich Vangerow Bd. 1 § 60, Savigny Bd. 2 S. 276; dagegen Puchta § 28, Windscheid § 60.

11) Die Frage wurde vorzugsweise streitig bei Gelegenheit des Testamentes des Frankfurter Bürgers Städel, welcher ein von ihm gestiftetes Kunstinstitut zum Erben einsetzte, so daß erst nach seinem Tode obrigkeitliche Genehmigung eingeholt wurde. Vgl. Elvers, testamentarische Erbfähigkeit 1827, Mühlenbruch, rechtliche Beurteilung des Städelschen Beerbungsfalles 1828, Northoff, die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung 1883 S. 93 ff.

1) Vgl. oben § 50 Anm. 7.

2) Vgl. jedoch Regelsberger § 85 S. 335, Kipp bei Windscheid § 61 Anm. 1 b.

Mitgliedes.[3] Ob und in welchen Formen Auflösungsbeschlüsse rechtsgültig sind, bestimmt sich in erster Linie nach der besonderen Verfassung der Korporation. Ist hierüber nichts vorgesehen, so ist Einstimmigkeit erforderlich, denn ein Auflösungsbeschluß liegt außerhalb des normalen Vereinslebens.[4] Ob Staatsgenehmigung zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses hinzutreten muß, richtet sich gleichfalls in erster Linie nach dem besonderen Rechte der Korporation. Hiervon abgesehen ist obrigkeitliche Genehmigung zur Aufhebung öffentlicher, nicht aber privater Korporationen nötig.

b) Eine Stiftung erlischt, wenn deren Organe wegen Erschöpfung des Stiftungsvermögens ihre Tätigkeit einstellen müssen.[5]

c) Staatliche Anstalten, z. B. ein Gymnasium, enden, wenn sie der Staat eingehen läßt; kirchliche, wenn sie durch rechtsgültige Beschlüsse der geistlichen Oberen aufgehoben werden.

2. Staatliche Entziehung der Rechtsfähigkeit hebt die juristische Person gleichfalls auf.[6] Sie ist durch Gesetz, aber auch, soweit die juristische Person nicht durch Gesetz begründet oder gewährleistet ist, durch Akte der Verwaltung möglich. Sie geschieht bei Korporationen durch deren Auflösung. Denkbar ist auch, daß der Staat einen Verein bestehen läßt, aber ihm die selbständige Rechtsfähigkeit nimmt.[7]

B. Im Anschluß an alte Doktrinen[8] besteht das Gewohnheitsrecht,

---

3) l. 7 § 2 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4 Ulpianus libro 10 ad edictum ... sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. Savigny Bd. 1 S. 280 erachtet es als einen irrtümlichen Schluß, daß der Tod aller Mitglieder die Korporation notwendig auflösen müsse. Wo ihr ein dauernder Zweck von öffentlichem Interesse zugrunde liege, sei dies zu verneinen. Mit Recht erwidert Brinz a. a. O. 1. Aufl. S. 1147: „Wie lange sich die Korporation nach dem Aussterben der Glieder erhält, ist nicht gesagt. Und soll der neu Eintretende sich selbst aufnehmen? Die Korporation kann nicht ohne Personen gedacht werden." Schwankend aber 2. Aufl. Bd. 3 § 454 Anm. 10. Anders ist es nur, wenn in Wahrheit nicht eine Korporation, sondern eine Anstalt vorhanden ist. Die Glossatoren ließen die Korporationen mit Wegfall ihrer sämtlichen Glieder erlöschen, Gierke Bd. 3 S. 237; anders die Kanonisten, da ihnen die kirchlichen Korporationen zu Anstalten wurden, Gierke a. a. O. S. 350. Die Postglossatoren unterschieden danach, ob eine „spes refectionis" bleibe, vgl. Gierke S. 497 und über die älteren deutschen Praktiker S. 745. Die vorübergehende Zerstreuung der Mitglieder einer Korporation, z. B. infolge von Krieg oder von Revolution ist natürlich ohne rechtliche Bedeutung. Nach BGB. § 75 ist „eingetragenen" Vereinen die Rechtsfähigkeit zu entziehen, wenn die Mitgliederzahl unter 3 herabsinkt.

4) Die Frage ist bestritten. Der hier verteidigten Ansicht ist Stobbe Bd. 1 § 54 Anm. 9, Windscheid § 61 n. 2, dagegen Regelsberger Bd. 1 § 86 Anm. 11, Gierke, deutsch. Privatr. 1 § 70 S. 561. Nach BGB. § 41 genügt $^3/_4$ Mehrheit der erschienenen Mitglieder.

5) Vgl. Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 66.

6) Vgl. l. 56 D. de usufructu 7, 1 verb. „nec facile capitis deminutione periturus est". Über die Entwicklung der Theorie bei den Neueren siehe Gierke a. a. O., namentlich S. 498. Vgl. BGB. § 43.

7) Vgl. BGB. §§ 43, 73.

8) Die l. 3 D. de collegiis 47, 22, wonach die Gelder aufgelöster Kollegien unter die Mitglieder verteilt werden sollen, bezieht sich nur auf unerlaubte Vereinigungen, die eben deshalb keine Korporationsrechte haben.

daß das Vermögen einer weggefallenen juristischen Person dem Fiskus wie eine Erbschaft zukommt,[9] daß der Fiskus aber zu dessen Verwendung für analoge Zwecke staatsrechtlich verpflichtet ist.[10 11] Erworbene Rechte einzelner an dem ihm anfallenden Vermögen hat der Fiskus zu achten.

Statuten sowie rechtsgültige Beschlüsse können natürlich über die Nachfolge in das Vermögen oder dessen Verteilung auch andere Bestimmungen treffen.

C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

§ 53. Die Rechtsstellung der juristischen Person.

1. Zahlreiche juristische Personen sind Träger öffentlicher Rechte und Pflichten. Wir haben hier aber nur ihre privatrechtliche Stellung zu behandeln.

Die juristische Person ist fähig zu Vermögensrechten jeder Art.[1] Sie ist nicht fähig zu Familienrechten, z. B. nicht zu einer Kindesannahme, auch nicht zur Übernahme einer Vormundschaft.[2] Eine Vollmacht kann ihr aber erteilt, eine Testamentsvollstreckung aufgetragen werden. Die juristische Person entbehrt auch die Rechte der Persönlichkeit nicht.[3]

2. Die Verfassung zahlreicher Korporationen beruht auf besonderen Gesetzen. Gemeindegesetze regeln z. B. das Recht der Stadt- und Landgemeinden, die Gewerbeordnung das der Innungen.

Soweit zwingende Gesetze nicht eingreifen, sind die Statuten — Vereinssatzungen — der Korporation maßgebend, d. h. autonomische Festsetzungen über die Korporationsverfassung. Solche Statuten gibt sich die Korporation namentlich bei ihrer Gründung; sie können auch später nach Maßgabe ihrer Verfassung vereinbart werden.

Bei Stiftungen bildet der Wille des Stifters, wie er sich in der Stiftungsurkunde ausspricht, das Statut.

---

9) Vgl. BGB. § 45 Abs. 3. Über die Ansicht der Glosse vgl. Gierke a. a. O. S. 237; zur Zeit der Postglossatoren war das Recht des Fiskus bereits anerkannt, Gierke a. a. O. S. 499.

10) Dies ist namentlich für fromme Stiftungen alten Rechtens. Vgl. die auf Bartolus gestützten Ausführungen von Juristen des Reformationszeitalters bei Gierke a. a. O. S. 714. Das RG. geht von derselben Auffassung aus und hat hierin die Zustimmung von Bähr gefunden, Bähr, Urteile des Reichsgerichts 1883 S. 14.

11) Erstreckt sich das Recht des Staates im Fall der Aufhebung einer juristischen Person, die ihm durch ihren Sitz angehörte, auch auf deren im Auslande belegenes Vermögen? Man wird dies im Verhältnis der deutschen Staaten untereinander bejahen müssen vgl. instrumentum pacis Osnabrucensis art. V. § 47, Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 § 36, Seuff. Archiv Bd. 26 n. 147. Im Verhältnis zu nichtdeutschen Staaten besteht ein entsprechender Satz nicht.

1) Über die Erbfähigkeit der juristischen Personen ist im Erbrecht zu sprechen.

2) Der Geschichte sind freilich derartige Dinge nicht fremd. Die Republik Venedig hat mehrfach Fürstinnen für Töchter der Republik erklärt. Auch die Führung von Vormundschaften über unmündige Fürsten durch Staaten ist vorgekommen, z. B. über Wilhelm von Oranien.

3) Vgl. oben § 17 Anm. 7/8.

Bedeutung hat für Korporationen und Stiftungen auch das Herkommen. Es dient zur Erläuterung der Statuten und Stiftungsurkunden und zur Ergänzung derselben im Fall von Lücken.[4]

Von den Korporationen mit geordneter Verfassung — ordinatae — unterscheidet man solche ohne Verfassung — inordinatae. Werden bei denselben durch besondere Verhältnisse Beschlüsse nötig, so muß sie die Mehrheit fassen in einer Versammlung, zu welcher alle Genossen ordnungsmäßig zu laden sind. Die Berufung geschieht seitens des Vorstandes oder, wenn es an einem solchen fehlt, seitens der staatlichen Aufsichtsbehörde.

Lücken in der Verfassung der Stiftung, die bloß die Ausführung des Statuts betreffen, kann die Stiftungsverwaltung ausfüllen. Lücken anderer Art müssen durch die Aufsichtsbehörde ergänzt werden.

3. Soweit Gesetz oder Statut nichts anderes bestimmen, ist das oberste Organ der Korporation die gehörig berufene Versammlung der Korporationsgenossen, sog. Generalversammlung. Die Beschlüsse der Mehrheit derselben sind in der Regel maßgebend.[5] Aber die Aufhebung der Korporation und die Änderung ihrer Grundbestimmungen bezüglich ihres Zwecks und ihrer Organisation bedarf der Einstimmigkeit; denn jeder Korporationsgenosse hat auf Erhaltung der Korporation in ihrem wesentlichen Bestande ein Recht als Mitglied. Für Änderungen der Verfassung im einzelnen kann dies nicht gelten, denn die Korporation muß sich den Zeitumständen und der Erfahrung gemäß weiter bilden können.[6]

In der Regel hat die Korporation einen Vorstand,[7] welcher die Versammlungen der Korporationsgenossen beruft und leitet, die Korporationsangelegenheiten verwaltet und die Korporation nach außen repräsentiert. Nicht selten hat die Korporation ferner Beamte, welche für sie innerhalb ihres Amtskreises handeln.

4. Die Korporationsgenossen haben als solche ein Recht auf Mitgliedschaft[8] und auf Teilnahme an Vermögensvorteilen und Ver-

4) Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 19.

5) l. 160 § 1 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 76 ad edictum. Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. Für die Versammlungen der römischen Dekurionen bestand der Satz, daß zur Beschlußfähigkeit die Anwesenheit von $^2/_3$ sämtlicher Mitglieder erfordert sei, l. 2, l. 3 D. de decretis ab ordine faciendis 50, 9, l. 3 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. In der Praxis suchte man sehr häufig hierin eine allgemeine Regel für alle Versammlungen von Korporationsgenossen, oder man verlangte wenigstens die Anwesenheit von $^2/_3$ bei Bestellung eines Prozeßvertreters — des Syndikus. Dieser Praxis ist namentlich Savigny entgegengetreten. Sie findet derzeit wohl keine Verteidiger mehr. Vgl. auch Seuff. Archiv Bd. 14 n. 200.

6) Vgl. RG. Bd. 25 S. 152. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 21 S. 463, Regelsberger Bd. 1 S. 325. BGB. § 33 verlangt zur Änderung des Statuts eines Privatvereins und zur Auflösung des Vereins $^3/_4$ Mehrheit der erschienenen, zur Änderung des Zweckes des Vereins die Zustimmung aller — auch der nicht erschienenen — Mitglieder.

7) Nach BGB. § 26 muß der Verein einen Vorstand haben.

8) Über das Recht der Mitgliedschaft vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 69 Ziff. V ff.

waltung, soweit sie den Korporationsgliedern verfassungsmäßig oder statutarisch zukommt. Nicht selten stehen einzelnen Genossen auch *Sonderrechte* zu — jura singulorum — bezüglich des Vermögens oder auch der Verwaltung. Diese Rechte sind scharf von bloßen *tatsächlichen Vergünstigungen* zu unterscheiden. Vergünstigungen kann die Korporation durch ihre Beschlüsse einseitig, Sonderrechte kann sie nur unter Zustimmung des Sonderberechtigten aufheben oder mindern.[9]

5. Der *Staat* hat ein *Aufsichtsrecht* über die juristischen Personen. Dasselbe geht so weit, daß er ihre Verfassung ändern darf und daß er die Verfolgung anderer Ziele als der statutarischen fordern kann — jus reformandi. Der Staat kann die juristische Person sogar auflösen, wie bereits hervorgehoben wurde.

§ 54. Repräsentation der juristischen Person.

Die juristische Person wird durch ihren Vorstand, ferner durch Beamte innerhalb des ihnen zugewiesenen Wirkungskreises vertreten — *Organe der juristischen Person*.

Wieweit diese Repräsentation reicht, darüber besteht kein Einverständnis. Es ist namentlich streitig, ob die juristische Person durch *schuldhafte Handlungen* ihrer Organe verpflichtet wird. Die römischen Quellen verneinen dies ausdrücklich. Die Gemeinde haftet, erklärt Ulpian, nicht aus dem Dolus ihrer Verwalter, nur wegen etwaiger Bereicherung. Denn eine Gemeinde kann nicht dolos handeln.[1] Bei dieser Entscheidung hat man sich jedoch seit dem Mittelalter nicht mehr beruhigt. Schon die Glossatoren erklärten sich für die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen in gewissen Grenzen. Die gemeinrechtliche Praxis schwankte[2] und die Theorie ist zwiespältig. Denn einerseits widerspricht es dem Rechtsgefühle, die Entschädigungspflicht der juristischen Personen in Abrede zu stellen, falls ihre Organe durch Unterlassen oder Tun Dritte außerkontraktlich schädigen. Andererseits scheint doch der Satz Ulpians von überzeugender Kraft: „quid enim municipes dolo facere possunt?“[3]

S. 183. Gegen Ausschließung steht in der Regel der Rechtsweg offen, vgl. aber ROHG. Bd. 23 S. 381, Seuff. Archiv Bd. 48 n. 4. Anders bei geistlichen Korporationen. RG. Bd. 26 S. 277.

9) BGB. § 35, Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 S. 183. In bezug auf die *Ausübung* der Sonderrechte ist die Korporation — oder Genossenschaft — einseitig zu Anordnungen befugt, sofern das Vorrecht der Sonderberechtigten dem Wesen nach erhalten bleibt. Buchka und Budde, Entscheidungen Bd. 3 S. 48, auch bei Seuffert Bd. 13 n. 124.

1) l. 15 § 1 D. de dolo 4, 3. Ulpianus libro 11 ad edictum. Sed an in municipes de dolo detur actio dubitatur, et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Vgl. l. 4 D. de vi 43, 16. Nicht entgegen steht l. 9 § 1 D. quod metus causa 4, 2.

2) Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 234.

3) Die hervorragenden Romanisten stehen meist unter dem Banne Ulpians. So Savigny Bd. 2 S. 310, Vangerow Bd. 1 § 55. Doch sind Windscheid Bd. 1 § 59

Zur Lösung kann die Frage nur kommen durch die Erkenntnis, daß das römische Recht grundsätzlich auf einem anderen Standpunkte steht, als das heutige.

a) Grundsätzlich konnte man in Rom nur persönlich Rechtshandlungen vollziehen. Daher nahm man an, daß die Willenserklärungen ihrer Beamten die Korporation privatrechtlich nicht berechtigten noch verpflichteten. Dies galt wie für Delikte, so für Kontrakte. Hieraus ergab sich unter anderem der Satz, daß die Verwalter des Stadtvermögens bei Aufnahme von Darlehen für die Stadtgemeinde den Darlehnsgläubigern persönlich hafteten, die Stadtgemeinde aber aus dem Darlehen nur insoweit in Anspruch genommen werden konnte, als es in ihrem Nutzen verwendet war.[4]

Freilich war dies System gegenüber den Anforderungen des Lebens nicht durchführbar. Wo dieselben dringend wurden, half sich die Praxis durch Ausnahmen, für die man eine Erklärung nicht gab. Zum Besitzerwerb insbesondere ist die Vorstellung vom Besitz erforderlich, welchen eine Korporation nicht haben kann. Deshalb sprachen viele römische Juristen der Korporation die Fähigkeit zum Besitzerwerb ab. Manche ließen nicht einmal Besitzerwerb durch Sklaven zu, weil die Korporation ihre Sklaven nicht besitze. Schließlich erkannte man Besitzerwerb für die Korporation durch ihre Sklaven und durch Freie an.[5] — Es verlangt ferner der Erwerb einer Erbschaft oder bonorum possessio den Entschluß zu erwerben. Daß die Korporation solchen nicht hat, wird von den Juristen konstatiert, gleichwohl lassen sie den Erbschaftserwerb zu als bloße Singularität aus Nützlichkeitsgründen.[6]

Anm. 9, Bekker Bd. 1 S. 221 anderer Ansicht, vgl. auch Bekker in Iherings Jahrbüch. Bd. 12 S. 120. Bei Edgar Loening, die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten 1879, findet sich weitere Literatur. Loening selbst erklärt sich gegen die Haftung juristischer Personen für die außerkontraktliche Verschuldung ihrer Organe.

4) l. 27 D. de rebus creditis 12, 1. Ulpianus libro 10 ad edictum. Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur. Das Entsprechende bestimmt bezüglich der piae causae die nov. 120 cap. 6 § 3. Vgl. auch l. 4 D. quod jussu 15, 4. — Seit der Zeit der Postglossatoren hat man die l. 27 cit. vorzugsweise in der Art beseitigt, daß man in ihr lediglich eine Beschränkung der Zuständigkeit korporativer Vorsteher und Verwalter erblickte. Es soll hiernach die Korporation dann auch ohne versio verpflichtet werden, wenn die Gesamtheit selbst das Darlehen aufgenommen, der Aufnahme zugestimmt oder eine Spezialvollmacht zur Aufnahme erteilt hat. Vgl. bei Gierke Bd. 3 S. 400 Anm. 191 Angeführten. Savigny Bd. 2 S. 294 erklärte die Stelle natürlich richtig; aber er hielt sie auch für praktisches gemeines Recht, was der Erfahrung zuwiderlief.

5) l. 1 § 22 D. de a. vel. a. p. 41, 2. Paulus libro 58 ad edictum. Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt . . . sed Nerva filius ait, per servum, quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quia ipsos servos non possideant. l. 2 D. eod. Ulpianus libro 70 ad edictum. Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint: idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur, vgl. l. 7 § 3 D. ad exhibendum 10, 4. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 160 ff. Mit dem Zweifel, ob juristische Personen besitzen können, stand der Zweifel, ob ein furtum an ihren Objekten möglich sei, in Verbindung, l. 31 § 1 D. de furtis 47, 2.

6) l. 1 § 1 D. de libertis universitatum 38, 3. Ulpianus libro 49 ad edictum: movet enim, quod consentire non possunt. Ulp. fragm. XXII § 5.

b) Grundsätzlich verschieden ist die moderne Ansicht, wie sie zunächst im Mittelalter die Kanonisten anbahnten und die Postglossatoren weiterbildeten.[7] Hiernach wird die Korporation durch ihre Repräsentanten in deren Amtskreise vollständig vertreten. Der Wille, welchen die Organe der Korporation für diese äußern, gilt als der Korporationswille. Dasselbe befolgte man bei Stiftungen und Anstalten.

Von diesem Standpunkte aus mußte Theorie und Praxis zu anderen Ergebnissen kommen als die Römer. Die juristische Person haftet für die Handlungen und Unterlassungen ihrer Organe, soweit die Zuständigkeit derselben reicht. Daß insbesondere die Gemeinde durch Darlehen verpflichtet wird, welche die Administratoren im Kreise ihrer Befugnisse aufnehmen, daran zweifelt heutzutage im Ernste niemand mehr.

In gleicher Weise ist die römische Deliktsunfähigkeit der Korporationen als Ausfluß eines Prinzipes, welches das gemeine Recht verlassen hat, nicht mehr praktisch. Vielmehr gilt dolloses wie schuldhaftes Verhalten der Organe der Korporationen innerhalb der äußeren Grenzen ihres Amtskreises als eigene Verschuldung der Korporation.[8]

Dritter Abschnitt.

Von den Rechtsobjekten.

Erstes Kapitel.

Vermögen und Vermögensbestandteile.

§ 55. Körperliche, unkörperliche Sachen.

Vermögen ist der Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person.[1] Das Vermögen wechselt in seinen Bestandteilen, es kann sich mindern

7) Gierke Bd. 3 S. 331, S. 477, Stobbe § 94 Anm. 6a.

8) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 748, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 67 S. 528 ff. Zahlreiche Erkenntnisse stellt zusammen Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Heft 3 n. 12. Es ist zu denselben noch hinzuzufügen ein Urteil des RG. bei Fenner, Archiv für zivilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 2 S. 334, welches sich sehr entschieden für die Haftung der juristischen Person aus Delikten ihrer Vertreter ausspricht. Später hat RG. Bd. 17 S. 105 einerseits die Haftung des Staates für Verschuldung seiner Beamten bei Funktionen öffentlich rechtlichen Inhalts verneint, andererseits für Verschuldung der Beamten bei den zum privatrechtlichen Bereich gehörenden Geschäften bejaht, so daß er deswegen unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, vgl. auch RG. Bd. 29 S. 142 und bei Gruchot Bd. 37 S. 998, RG. Bd. 32 S. 145, Bd. 39 S. 183. Aber gegen diese Unterscheidung Oertmann im Archiv für bürg. Recht Bd. 10 S. 193, Gierke in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 245 und Eck das. S. 287, Windscheid-Kipp § 59 Anm. 10. — Das BGB. §§ 31, 86, 89 erkennt zwar die Deliktsfähigkeit juristischer Personen an, doch erklärt das Einf.Ges. Art. 77, daß die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Haftung des Staates und der Gemeinden für den von ihren Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden unberührt bleiben. Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 66 S. 171 ff. Das preuß. Gesetz v. 1. Aug. 1909 über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzung von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt erkennt die Haftung des Staates und der Verbände an.

1) Vgl. oben § 17 Anm. 2 und 3.

oder mehren. Dennoch behält es seine Identität als Inbegriff der geldwerten Güter des Vermögenssubjektes.

Die Vermögensbestandteile zerlegten die Römer

1. in körperliche Dinge — res corporales — und in unkörperliche — res incorporales.[2]

a) Körperliche Dinge sind nach einer Definition der römischen Rechtslehrer die begrenzten Stücke der greifbaren Materie, also Grundstücke und bewegliche Sachen.[3] Nur körperliche Objekte sind im eigentlichen Sinne des Besitzes, der Tradition, der Ersitzung, des Eigentumes fähig.[4] S. g. Quasibesitz und Eigentum im weiteren Sinn findet sich freilich auch an Rechten.

b) Unkörperlich sind die Rechte, z. B. Servituten, Obligationen, Erbansprüche.

Indem man die körperlichen Dinge als Vermögensbestandteile bezeichnet, meint man im Grunde das Eigentumsrecht an ihnen. Man identifiziert dabei das Eigentumsrecht mit der Sache, da es dieselbe total umfaßt. Es wird also wie etwas Körperliches angesehen, obgleich es in Wahrheit wie jedes andere Recht nur in der Idee besteht.

2. Auch die Einteilung in res mancipii und nec mancipii bezog sich auf die Vermögensbestandteile, nicht auf die körperlichen Sachen. Res mancipii waren italische Grundstücke, Sklaven, vierfüßige Zug- und

2) pr. §§ 1 und 2 J. de rebus incorporalibus 2, 2. — Gaj. Inst. II §§ 12—14. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. Vgl. l. 1 § 7 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Die scharfe Unterscheidung der Vermögensbestandteile in körperliche und unkörperliche gehört erst den letzten Zeiten der Republik an. Vgl. Gaj. Inst. II § 54, Schrader: was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Cajus? S. 45. Siehe auch Zeitschr. für vergleichende Rechtsw. Bd. 2 S. 20.

3) Diese Fassung ist Aristoteles entnommen; de anima III 12 p. 434 b. 12: *σῶμα δὲ ἅπαν ἁπτόν* oder ibid. II 11 p. 423 b. 26—27; *ἁπταὶ μὲν οὖν εἰσὶν αἱ διαφοραὶ τοῦ σώματος ᾗ σῶμα.* Der Tastsinn ist als primärer allen Lebewesen gleichmäßig eigentümlich; de historia animalium I 3 p. 489 a. 17—18. Vgl. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 41 ff. Geleitetes Gas ist körperliche Sache, daher ist Diebstahl an ihm möglich. Nicht anders ist es bezüglich des zu industriellen Zwecken domestizierten elektrischen Stroms. Vgl. Dernburg in der Deutsch. Juristenzeitg. 1896 S. 473, 1897 S. 76 ff. und Sokolowski a. a. O. S. 401 ff.: Die moderne Physik kennt nicht gleich der alten nur die Materie, sondern auch die Energie als ein der menschlichen Herrschaft unterworfenes, begrenzbares Naturelement. Anders aber RG. in Strafs. Bd. 29 S. 111, Regelsberger Bd. 1 § 96 u. a. Vgl. nunmehr Reichsgesetz vom 9. April 1900 betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit. Es ist eine rückständige Fassung, wenn BGB. § 90 erklärt: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände."

4) l. 3 pr. D. de a. vel. a. poss. 41, 2, Paulus libro 54 ad edictum: Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. l. 43 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. Gaj. Inst. II §§ 19, 28. l. 9 D. de usurp. 41, 3.

Lasttiere, aber auch die Grundgerechtigkeiten landwirtschaftlicher Grundstücke;[5] res nec mancipii bildeten die Vermögensbestandteile anderer Art, die körperlichen wie die unkörperlichen.[6] Für das altrömische Recht war diese Unterscheidung von größter Wichtigkeit; der justinianischen Gesetzgebung gehört sie nicht mehr an.

§ 56. Einheitliche und zusammengesetzte Sachen, Sachgesamtheiten und Sondervermögen.[1]

1. Die römischen Rechtslehrer verstanden unter *einheitlichen Sachen* Gegenstände, die begrifflich keine Zergliederung zuließen, nach der philosophischen Terminologie uno spiritu[2] zusammengehalten wurden. Solche Einheitssachen bildeten lebende Tiere, Gewächse u. dgl.

2. An sich selbständige Sachen können dergestalt körperlich zu einem Ganzen verbunden werden, daß die einzelnen Stücke, solange die Verbindung dauert, begrifflich und rechtlich zu existieren aufhören und einen neuen Gegenstand ergeben. Die in solcher Weise geschaffenen Objekte nannte man zusammengesetzte Sachen — corpus ex contingentibus. Es gehören hierher z. B. Gebäude, ferner Schiffe, ein Goldschmuck mit Edelsteinen oder Perlen. Sind nämlich in ein Gebäude fremde Materialien verbaut, oder in ein Schiff fremde Planken oder Maste verzimmert, oder in einen Goldschmuck fremde Edelsteine gefaßt, so verbleiben diese eingefügten Sachen ihrem ursprünglichen Eigentümer nur für den Fall einer Trennung.[3]

3. *Körperlich selbständige Sachen* können, ohne ihre begriffliche Sonderexistenz zu verlieren, dennoch zu einem *Ganzen* vereinigt sein, welches im Verkehr als Einheit gilt. Die Römer hatten hierfür die Bezeichnung corpus ex distantibus, die Neueren sprechen von *Sachgesamtheiten* — universitates facti.[4]

Die Sachgesamtheiten bilden zum Teil Naturganze, wie eine Herde, zum Teil werden sie durch besondere Veranstaltung der Besitzer geschaffen, wie Bibliotheken, Gemäldesammlungen, Warenlager.[5]

---

5) Gaj. Inst. II §§ 15 ff.

6) Gaj. Inst. II § 19.

1) Die Hauptstelle über die Einteilung der Sachen ist von Pomponius libro 30 ad Sabinum l. 30 pr. D. de usurp. 41, 3: tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo tignum, lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημένον vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus legio grex. Der Naturphilosophie der Stoiker ist, wie Goeppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen 1871 gründlich gezeigt hat, diese Einteilung der „corpora“ entnommen. Vgl. Sokolowski a. a. O. § 3 S. 48 ff.

2) Über spiritus — πνεῦμα als stoische philosophische Kategorie vgl. die bei Sokolowski a. a. O. S. 33 ff. Anm. 71 Genannten.

3) Durch die actio ad exhibendum konnte die faktische und rechtliche Ablösung der Sache herbeigeführt werden. Sokolowski a. a. O. S. 346 ff.

4) Sokolowski a. a. O. S. 48 ff., daselbst in Anm. 118 die Literaturangaben. BGB. spricht vom „Sachinbegriffe“ unter anderem § 92 Abs. 2.

5) Goeppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, will den Aus-

Ist die Sachgesamtheit rechtlich als eine Einheit oder nur als eine Mehrheit körperlicher Sachen zu behandeln?

a) Die römischen Juristen betrachteten die Sachgesamtheit als ein selbständiges Rechtsobjekt, als solches unterlag sie allen dinglichen Rechten — dem Eigentum und der Vindikation,[6] dem Nießbrauch[7] wie dem Pfandrecht.[8]

b) Die zur Gesamtheit gehörigen Stücke konnten auch als corpora soluta aufgefaßt werden und in diesem Sinne den Gegenstand von Rechtsgeschäften bilden. Danach treten verschiedene Folgen ein, je nachdem von den Parteien die Differenzierung oder Zusammenfassung bezweckt wurde. Insbesondere war die Ersitzung nur an den Einzelkörpern, nicht an der Gesamtheit möglich.[9]

4. Sondervermögen — universitas juris — ist eine Summe von Vermögensbestandteilen, die infolge gleichartiger wirtschaftlicher

---

druck Sachgesamtheit auf Herden und ähnliche Naturganze beschränken. Hiermit stimmt nicht die Äußerung von Pomponius libro 30 ad Sabinum l. 30 pr. D. de usurp. 41, 3: tertium (genus) quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus legio grex. Gegen diese enge Auffassung Sokolowski a. a. O. S. 49 ff. — Es handelte sich hier um eine stoische Kategorie: σῶμα ἐκ διεστώτων — corpus ex distantibus, die Gesamtheit wird durch eine innere physische Beziehung der Einzeldinge zueinander zusammengehalten, den sog. τόνος. Statt anderer hierüber Zeller, die Philosophie der Griechen Teil 3 Abt. 1 S. 131 ff. Man kann diesen τόνος mit der Expansiv- und Attraktivkraft der neuen Naturphilosophie vergleichen.

6) Über die Vindikation einer Herde Sokolowski a. a. O. S. 56 ff. und die dort Zitierten.

7) Vgl. l. 10 § 8. D. quib. mod. u. f. a. 7, 4; l. 68, § 2; l. 69 D. de usu fructu 7, 1 dem Nutznießer einer Herde fallen die abgängigen Tiere zu, während er sie aus dem Nachwuchs zu ergänzen verpflichtet ist, denn er hat die Herde als solche dem Eigentümer zu erhalten. Dem Nießbraucher einzelner Viehstücke gehören dagegen die Tierjungen ohne Ergänzungspflicht, während er auf das abgängige Muttertier kein Recht hat, weil es den Gegenstand des Nießbrauches bildet; vgl. Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 60 ff.

8) l. 34 pr. D. de pignor. 20, 1; vgl. Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 61 ff. Das Nähere unten im Pfandrecht.

9) l. 30 § 2 D. de usurp. 41, 3. Pomponius libro 30 ad Sabinum: De tertio genere corporum videndum est. non autem grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. quid ergo est? etsi ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut, si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt. Diese Stelle hat ganz singuläre Bedeutung. Es hätte dem jus civile widersprochen, wenn durch die Einverleibung z. B. eines gestohlenen Tieres in eine Herde, der jener res furtiva anhaftende Ersitzungsmangel schlechthin beseitigt worden wäre; deshalb mußten für die Einzelobjekte besondere Ersitzungsbedingungen und Titel festgehalten werden — singulae res suam causam habebunt; vgl. Sokolowski a. a. O. Bd. 2 S. 196 ff. Die früheren Schriftsteller haben meist die l. 30 § 2 cit. hinsichtlich der Rechtsstellung der Sachgesamtheit verallgemeinert und darauf hin das Eigentum an ihr geleugnet; so Wächter, Erörterungen Heft 1 S. 17; vgl. Exner, Tradition S. 215 ff., Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 291, Otto Cramer, das Eigentum an Herden. Berl. Inaug.-Diss. 1890. Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 5 nimmt Eigentum an Herden und anderen Naturganzen an, bei den übrigen Sachgesamtheiten Eigentum an den einzelnen Stücken. Diese Unterscheidung hat weder in sich noch in den Quellen irgendwelche Begründung.

Bestimmung in gewisser Hinsicht rechtlich als Einheit gilt.[10] Die Vermögensbestandteile können sich verändern, vermehren, vermindern, ohne daß die Identität des Sondervermögens aufhört.[11] Im übrigen lassen sich gemeinsame Rechtssätze für die Sondervermögen nicht aufstellen, da sie aus verschiedenen Gründen und zu verschiedenen Zwecken als Einheiten behandelt werden.

Römische Beispiele von Sondervermögen sind, außer der Erbschaft, das Pekulium der Hauskinder und Sklaven,[12] die dem Ehemann eingebrachte Dos,[13] aus dem heutigen Recht das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft.

Zweites Kapitel.

Die res extra commercium.[1]

§ 57. 1. Verkehrsunfähigkeit aus allgemeinen Gründen.

An körperlichen Sachen kann in der Regel Privateigentum bestehen; sie sind des Verkehrs fähig — in commercio. Es gibt aber Kategorien

10) Den Anstoß zur Unterscheidung der universitas juris und facti gab die Glosse non utetur zu l. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2, welche die universitas incorporea et juris, in qua actiones continentur — das peculium — der corporea universitas — einer Herde — entgegenstellte. Von den Späteren suchten einige das unterscheidende Merkmal darin, daß universitas juris die vom Rechte, universitas facti die durch menschliche Willkür geschaffene Einheit sei, vgl. Bechmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 183. Dies ist nicht zutreffend. Es handelt sich bei beiden um eine Zusammenfassung, die in den Lebensverhältnissen wurzelt und im Rechte Anerkennung findet. Vielmehr ist das Unterscheidende, daß die universitas facti gleichartige körperliche Objekte zusammenfaßt, die universitas juris oder, wie man hiernach auch wohl sagt, jurium, Vermögensbestandteile verschiedener Art, vgl. Kierulff S. 321. — Hasse im Archiv für civ. Praxis Bd. 5 n. 1, Mühlenbruch, ebendaselbst Bd. 17 n. 12 wollen den Begriff der universitas juris aufgeben, worin ihnen jedoch die meisten heutigen Schriftsteller mit Recht nicht folgen. Vgl. Birkmeyer, das Vermögen S. 101 ff. BGB. behandelt Vermögensganze in den §§ 1363, 1638, 1922 als einheitlichen Gegenstand, desgleichen Sondervermögen in §§ 718, 1440 ff.

11) l. 40 D. de peculio 15, 1. Marcianus libro 5 regularum: Peculium nascitur crescit decrescit moritur et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini. Über den Besitz am peculium vgl. Sokolowski a. a. O. Bd. 2 S. 194.

12) l. 5 § 3 D. de peculio 15, 1. Ulpianus libro 29 ad edictum: Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum, Mandry, Begriff des peculium S. 4 ff.

13) l. 1 § 4 D. de dote praelegata 33, 4. Bechmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 186.

1) Gaj. Inst. II § 1 — pr. J. de rer. div. 2, 1 teilt die Objekte in solche, die „in nostro patrimonio“ d. h. des privaten Eigentums fähig, und in solche, die „extra nostrum patrimonium“, d. h. des privaten Eigentums unfähig sind. Letztere werden häufig als extra commercium bezeichnet, vgl. l. 6 pr. D. de contr. emptione 18, 1 „quorum commercium non sit“. Dieser Ausdruck hebt wörtlich nur die Veräußerungsunfähigkeit hervor, ohne deren Grund zu bezeichnen, nämlich die Unfähigkeit der Sache, in den Privatbesitz zu treten. Daher findet sich der Ausdruck auch für Sachen, die im Privateigentum stehen, aber einem gesetzlichen Veräußerungsverbote unterliegen, l. 1 § 2 D. quae res pignori 20, 3. — BGB. behandelt grundsätzlich die Verkehrsunfähigkeit der Sachen nicht. Vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 146 ff.; Regelsberger Bd. 1 §§ 107 ff.; Kollath, die Geltung der römischen Grundsätze über die res extra commercium im

von körperlichen Gegenständen, welche dem Verkehr entzogen sind[2] — extra commercium.

Die Verkehrsunfähigkeit beruht teils auf *natürlichen Gründen*, teils auf *positiven Rechtsvorschriften*. Aus natürlichen Gründen ist verkehrsunfähig:

a) der Körper des lebenden Menschen als Teil des Rechtssubjektes.[3] Gleichwohl wurde wegen körperlicher Verletzung freier Menschen die Klage auf Sachbeschädigung nach Rechtsanalogie zugelassen,[4] da physisch der menschliche Leib der Körperwelt angehört. Was ferner nicht mehr einen Teil des lebenden menschlichen Organismus bildet, ist unmittelbar des Eigentumes fähig. Das jemandem abgeschnittene Haar wird sein Eigentum. Folgerecht ist auch der Leichnam Sache.[5] Man darf ihn daher sogar im voraus zu wissenschaftlichen Zwecken für den Todesfall veräußern. Erben aber dürfen den Leichnam ihres Erblassers nicht verhandeln, weil dies gegen die guten Sitten verstößt.[6]

b) Gewisse Bestandteile der Sachenwelt entziehen sich ihrer natürlichen Beschaffenheit nach jeder ausschließlichen Beherrschung und um deswillen auch dem Eigentumsrecht; sie sind *Gemeingut aller* — communia omnium.[7] Dahin gehört die atmosphärische *Luft*, das frei *fließende Wasser*, das *Meer*.[8] Auch das *Meeresufer* zählten die Römer zum Gemeingut; Celsus jedoch betrachtete es als öffentliche Sache des Staates,[9]

heutigen Recht. Breslauer Jnaug.-Diss. 1894; Pernice, die sog. res communes omnium in der Berliner Festgabe für Dernburg 1900, auch bes. erschienen; Sokolowski, a. a. O. § 2; Biermann, die öffentl. Sachen, Gießener Programm z. 25. Aug. 1905.

2) Die Entziehung kann — jedenfalls nach heutigem Rechte — eine bloß partielle sein, vgl. unten § 58 Anm. 9, § 60 Anm. 3, 4.

3) Dies erstreckt sich in gewissem Maße auch auf künstliche Ergänzungen des Körpers und künstliche Gliedmaßen. Das künstliche Bein des Invaliden ist also nicht pfändbar. Vgl. auch ZPO. § 811 Ziff. 12. Der Träger eines künstlichen Gliedes kann es aber von sich absondern und verkaufen.

4) Vgl. l. 5 § 3, l. 6, l. 7 pr. ff. D. ad l. Aquiliam 9, 2, l. 3 D. si quadrupes 9, 1.

5) Anders Goldschmidt, Handelsrecht 2. Aufl. Bd. 2 S. 3 Anm. 3 d und dort Zitierte, Stobbe 3. Aufl. Bd. 1 S. 604. Vgl. K. E. Cramer, die Behandlung des menschlichen Leichnams 1885, Züricher Jnaug.-Diss.; A. Kramer, Recht auf den menschlichen Körper 1887, Berliner Jnaug.-Diss.; Regelsberger Bd. 1 § 110; Gareis, das Recht am menschlichen Körper, Festg. für Schirmer, 1900.

6) Verbotene Sachen, z. B. verbotene Bücher, sollen nicht verkauft oder sonst veräußert, sie sollen vernichtet werden. l. 4 § 1 D. fam. erc. 10, 2. Aber unrichtig ist die Annahme von Windscheid Bd. 1 § 147 Anm. 6, daß an ihnen Privateigentum, also auch Diebstahl, nicht stattfinde. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 111; Kipp bei Windscheid a. a. O.

7) Die römischen Rechtslehrer hatten hier die unbegrenzten Elemente im Auge: das Wasser und die Luft, das Feuer wird nicht erwähnt, weil es nach stoischer Auffassung kein selbständiges, sondern allgemeines Grundelement war; Joan. Stobbäi Eklog. 312 Ausg. Wachsmuth vol. 1 pag. 129. Die Erde aber galt als durch Grenzen jederzeit bestimmbar. Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 44 ff; Pernice, a. a. O. S. 225 ff.; Burckhard, zur Lehre v. öffentlichen Gut in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 611.

8) l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8. Vgl. Plautus Rudens IV 3, 36: mare quidem commune certo 'st omnibus.

9) l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8. § 1 J. de rer. div. 2, 1, l. 13 § 7 D. de injuriis 47, 10, l. 14 D. de a. r. d. 41, 1, — l. 3 pr. D. ne quid in loco publico 43, 8. Pampaloni sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto Romano e odierno im

und dies wurde auch gemeines Recht. Das Meeresufer reicht so weit als sich die höchste Meeresflut erhebt.[10]

Das Recht auf den Gemeingebrauch galt als Befugnis jedes Bürgers. Gegen Beeinträchtigung desselben bediente man sich der actio injuriarum.[11]

Es ist zulässig, aus dem Gemeingut Quantitäten auszuscheiden und sich anzueignen, z. B. Quantitäten von Wasser oder Eis[12] zu gewinnen, vom Meeresgestade Sand und Steine wegzuführen. Polizeiliche Genehmigung wird gefordert, wenn das öffentliche Interesse gefährdet erscheint. Unter solcher Genehmigung darf man auch *Bauten* am Meeresufer sowie am Meere errichten.[13] Sie stehen im Privateigentume, solange sie erhalten bleiben; mit ihrem Verfalle tritt wieder der Naturzustand ein.[14] Der Erwerb ausschließlicher Privatrechte an Teilen des offenen Meeres, z. B. auf Fischfang, ist regelmäßig unzulässig und nur durch staatliches Privilegium möglich.[15]

§ 58. 2. Res divini juris.[1]

1. Die Römer betrachteten bestimmte Sachen als dem göttlichen Recht unterworfen — res divini juris — und daher dem menschlichen Eigentume entzogen. Sie waren insofern res nullius.

a) Die der *Gottheit* von ihrem Eigentümer *dedizierten Objekte* bildeten die res sacrae.[2] Zur Weihe wurde außerdem Genehmigung des Volkes, später des Kaisers, und Mitwirkung der Pontifices gefordert.[3]

---

bulletino dell' istituto di diritto romano Bd. 4 S. 287 und hierüber Schneider, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 36 S. 41; Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 T. 4 S. 225. Über das deutsche Recht vgl. Brünneck, das Recht auf Zueignung der Meeresprodukte 1874 S. 12 ff.

10) l. 96 D. de V. S. 50, 16, Celsus libro 25 Digestorum. Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit; vgl. Cicero Topica 7, 32.

11) Vgl. unten Obligationenrecht.

12) *Eis* ist als erstarrtes „fließendes" Wasser *Gemeingut*. Man begeht keinen Diebstahl durch Aneignung von Eis aus öffentlichen oder Privatflüssen. Aber der Eigentümer des Flusses kann die Entnahme verbieten und sich in seinem Besitz am Flusse durch Eigenmacht und Besitzesklagen schützen.

13) l. 5 § 1, l. 6 pr. D. de div. rer. 1, 8, l. 50 D. de a. r. d. 41, 1.

14) l. 6 pr. D. de div. rer. 1, 8, l. 14 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. In l. 49 D. de rei vind. 6, 1 sagt Celsus libro 18 Digestorum: Solum partem esse aedium existimo nec alioquin subjacere uti mare navibus. Dieser Ausspruch wäre als allgemeiner falsch, denn es gilt umgekehrt der Satz: superficies solo cedit. Er ist richtig, wenn man ihm den besonderen Bezug auf Bauten am Meeresufer gibt.

15) l. 13 § 7, l. 14 D. de injuriis 47, 10.

1) § 7 J. de rer. div. 2, 1. l. 1 pr. D. de. div. rer. 1, 8. Gaj. Inst. II §§ 4 ff.

2) Trebatius lib. 1 religionum bei Macrobius sat. III, 2 definiert: sacrum est, quod deorum habetur. Anderwärts werden derartige Objekte als dem Volke gehörig bezeichnet, vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 255.

3) l. 9 pr. D. de div. rer. 1, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum. Sacra loca ea sunt, quae publice sunt dedicata. — Es gab zwei Rechtsgeschäfte gegenüber der Gottheit, nämlich das votum, wodurch man sich der Gottheit *persönlich* verpflichtete, und die Dedikation, wodurch man derselben *Eigentum* zuteilte. Beide Geschäfte waren einseitige, eine Annahme durch Stellvertreter der Gottheit war nicht erfordert. Die Notwendigkeit der Einholung eines Volksbeschlusses zur Dedikation beruht auf Volksgesetzen. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 256.

b) Die Begräbnisstätten galten als den Seelen der Verstorbenen überlassen und um deswillen als res religiosae. In diesen Zustand gerieten sie durch Beisetzung eines Toten seitens dessen, welcher ihn zu bestatten befugt war, ohne weiteres, falls derselbe Eigentümer des Bestattungsorts war oder mit Zustimmung des Eigentümers des Ortes handelte, und dingliche Berechtigungen Dritter nicht verletzt wurden.[4]

c) Gewisse Sachen des Staates und der Gemeinden, insbesondere Stadtmauern und Tore, wurden als res sanctae unter den besonderen Schutz der Götter gestellt und infolgedessen den res divini juris gleich geachtet.[5]

2. Das gemeine und heutige Recht kennt keine res sanctae im römischen Sinne. Die Lehre von den res sacrae und religiosae ist durchaus umgewandelt.[6] Es gelten bezüglich der mit Korporationsrechten versehenen Religionsgesellschaften folgende Sätze, welche durch das BGB. nicht berührt sind:

a) Dem Gottesdienst gewidmete oder geweihte Gebäude und sonstige Sachen, nicht minder Friedhöfe und andere Begräbnisstätten,[7] stehen im Eigentum der Kirchen, politischen Gemeinden oder selbst Privatpersonen.

b) Ihrer Bestimmung widersprechender profaner Gebrauch ist ausgeschlossen.[8] Sie stehen außer Verkehr, soweit es ihre besondere Stellung bedingt.[9]

c) Wieweit die Religionsgenossen an den geweihten Sachen Gemeingebrauch haben, z. B. Zutritt zur Kirche und deren Räumen, ist durch die Satzungen und Gebräuche der bezüglichen Religionsgenossenschaft geordnet.

d) Es können einzelnen Religionsgenossen — zum Teil auch Andersgläubigen — auf privatrechtlichen Erwerbstiteln beruhende besondere Rechte an geweihten Stätten, insbesondere an Kirchenstühlen, Erbbegräbnissen[10]

---

4) Vgl. l. 2 §§ 7 ff., l. 3, l. 4 D. de religiosis 11, 7, l. 34 D. eod.; Mommsen, zum römischen Grabrecht, Zeitschr. der Sav.-Stiftg. rom. Abt. Bd. 16 S. 203; Klein im Archiv für kathol. Kirchenrecht Bd. 85 S. 242 ff.

5) Die epitome Gaj. II, 1 § 1 zählt hierher auch fora, theatra, circus, arena. Wer die unter den Schutz der Gottheit gestellten Objekte verletzte, verfiel dem Tode l. 11 D. de div. rer. 1, 8.

6) Hübler, der Eigentümer des Kirchenguts 1868; Meurer, Begriff und Eigentümer der heiligen Sachen 1885; Th. A. Müller, Privateigentum an katholischen Kirchengebäuden, Heidelb. Inaug.-Diss. 1883; Bekker Bd. 1 S. 332.

7) Es wurde früh christliche Sitte, die Toten bei der Kirche im Kirchhof, welcher als Pertinenz der Kirche geweiht war, zu begraben. Daher galt der Kirchhof als solcher, nicht die Leichenstätte, als verkehrsunfähig; Meurer a. a. O. Bd. 1 S. 209.

8) Auf einem Gute befindliche Erbbegräbnisse werden mit ihm verkauft. Der Käufer darf aber beigesetzte Leichen ohne polizeiliche Erlaubnis nicht entfernen, vgl. Fenner und Mecke, Archiv für Erk. d. RG. Bd. 4 S. 472, l. 8 pr. D. de religiosis 11, 7.

9) Nur soweit ist daher die Ersitzung einer Servitut ausgeschlossen. Vgl. aber RG. Bd. 27 S. 256.

10) Die Römer unterscheiden Familien- und Erbbegräbnisse, l. 5 D. de religiosis 11, 7. Gajus libro 19 ad edictum provinciale: Familiaria sepulchra dicuntur, quae

zustehen. Solche allgemeinen oder besonderen Gebrauchsrechte dürfen im Wege der Klage geltend gemacht werden.

§ 59. 3. Die öffentlichen Sachen.[1]

Die Sachen des Staates und der Gemeinden[2] zerfallen in zwei Klassen.

a) Das zur Bestreitung ihrer *Geldbedürfnisse* bestimmte Vermögen — sog. Finanzvermögen — bildet die eine Klasse.[3] Hierfür gelten die allgemeinen Grundsätze des Privatrechtes. Das Vermögen ist dem Verkehr nicht entzogen und Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger in dasselbe nicht ausgeschlossen.

b) Die andere Klasse bilden die *öffentlichen Sachen* — res publicae —, welche *unmittelbar öffentlichen Zwecken* bestimmt sind. Sie unterstehen einem besonderen Recht, welches sie *außerhalb des Privatverkehrs* stellt.

Einige res publicae dienen dem öffentlichen Nutzen dadurch, daß sie dem *Gemeingebrauch des Publikums* überlassen werden; so öffentliche Wege, Plätze, Flüsse, Häfen.[4] Andere sind zwar dem *öffentlichen Dienst*, aber nicht dem Gemeingebrauch der Bürger gewidmet, z. B. Festungen, Gefängnisse, Dienstgebäude anderer Art.[5]

Der Rechtscharakter der öffentlichen Sachen ist bestritten.

---

quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit, l. 6 eod. Zur Familie zählte man außer den Agnaten auch die Erben, l. 4, l. 13 C. de religiosis 3, 44; affines und cognati hatten nur Teil, sofern sie Erben waren. l. 8 C. eod. Mommsen a. a. O. S. 210. Heutzutage entscheidet das Statut der Gemeinde, welche das Erbbegräbnis in ihrer Kirche oder auf ihrem Kirchhof konzediert, oder die besondere Vereinbarung über den Inhalt des Rechtes.

1) Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betreffend, gedruckt 1861; Rüttimann, Gutachten 1859; Erwiderung von Keller und von Rüttimann; Ihering, der Streit zwischen Baselland und Baselstadt über die Festungswerke der Stadt Basel 1862; H. Dernburg, Rechtsgutachten über den Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel 1862, und hiergegen Erwiderung von Ihering 1862; H. Wappaeus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen 1867; Pernice, Labeo Bd. 1 S 263; Eisele, über das Rechtsverhältnis der res publicae 1873; Hegelmaier, Grundeigentum im öffentlichen Recht, Tübing. Inaug-Diss. 1891; Randa, Eigentumsrecht § 3; Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 T. 4 S. 28; Berchtold in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 13 S. 1-0 ff.; Hölder Pand. Bd. 1 S. 145 ff.

2) Vgl. l. 6 § 1 D. de div. rer. 1, 8, § 6 J. de rer. div. 2, 1.

3) Das gilt in bezug auf Barmittel, Landgüter, Mietshäuser. Inwieweit gewerbliche Anlagen, z. B städtische Gasanstalten, hierher gehören, ist danach zu beurteilen, ob das gemeine Wohl den Betrieb durch die Stadt fordert, oder ob nur finanzielle Gründe dafür sprechen, vgl. Regelsberger Bd. 1 § 112.

4) l. 6 pr. D. de contr. emptione 18, 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse . . . ut publica, quae non in pecunia populi sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.

5) Dieser Unterschied wird häufig ignoriert. Publicus usus bezeichnet oft den Gemeingebrauch der Bürger, hat aber auch den weiteren Sinn des öffentlichen Dienstes. Ihering, Geist Bd. 3 Abt. 1 S. 362 ff., hält für die wahren Berechtigten hinsichtlich der öffentlichen Sachen die *Destinatäre des Gemeingebrauches*. Dabei ist die verschiedene Benutzung der öffentlichen Sachen zum öffentlichen Dienste nicht beachtet. Bei Gefängnissen sind ohne Zweifel die Gefangenen die Destinatäre, aber wohl kaum die an den Gefängnissen Berechtigten.

Manche betrachten sie als niemandem, auch nicht dem Staate gehörig. Nach dieser Ansicht stehen sie nur unter einem publizistischen Hoheitsrechte des Staates, vermöge dessen er sie für die öffentlichen Zwecke in Anspruch nimmt.[6] Bedarf er ihrer hierzu nicht mehr, z. B. des Terrains früherer Festungen, so gehören sie als herrenlos dem ersten Okkupanten. Das Richtige ist, daß auch die öffentlichen Sachen des Staates und der Gemeinden in deren Eigentum stehen.[7] Deshalb gehören ihnen die pekuniären Nutzungen, welche solche Sachen neben ihrer öffentlichen Bestimmung abwerfen, z. B. Grasertrag, Baumnutzen, Mietzinsen entbehrlicher Räume. Indes unterliegt das Eigentum an öffentlichen Sachen einem Sonderrechte, vermöge dessen Akte privatrechtlicher Natur nicht imstande sind, sie ihrem Zweck zu entfremden. Dritte können daher juristischen Besitz und Besitzesschutz an ihnen nicht erlangen,[8] Eigentum und Servituten, welche mit ihrem öffentlichen Zweck kollidieren, nicht einmal durch Ersitzung erwerben; Gläubiger können sie nicht zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung machen.

Durch rechtsgültige publizistische Akte dagegen kann die öffentliche Sache ihres besonderen Charakters entkleidet werden. Damit tritt sie unmittelbar in das gewöhnliche Eigentum des Staates oder der Gemeinde und wird verkehrsfähig. Es ist hierzu also nicht notwendig, daß ihr bereits die ihrer bisherigen Bestimmung angepaßte Gestalt ge-

6) Dies ist die Ansicht von Keller, insbesondere Erwiderung S. 7. Aus den Quellen läßt sie sich nicht erweisen. Der Ansicht von Keller hat sich mit einer Änderung Eisele angeschlossen, indem er bloß „publizistisches" Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen annimmt.

7) l. 6 § 1 D. de div. rer. 1, 8 Marcianus libro 3 institutionum: Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatium. ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, vgl. § 6 J. de rer. div 2, 1. Marcian erklärt hier ausdrücklich öffentliche Sachen, insbesondere Theater, für Stadteigentum. Es ist unzulässig, wie Jhering, Erwiderung S. 9 tut, theatra und stadia aus der Reihe der römischen öffentlichen Sachen zu setzen, vgl. § 2 J. de inut. stip. 3, 19. Eisele a. a. O. S. 7 findet bei Marcian nur eine rechtliche Beziehung der öffentlichen Sachen zur Stadtgemeinde hervorgehoben, leugnet aber, daß dieselbe wahres Eigentum sei. Doch dies wird durch ejus esse bezeichnet. Vgl. außerdem l. 2 § 21 D. ne quid in loco publico 43, 8, l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1. — Aus dem Eigentume des Staates wird im § 39 J. de rer. div. 2, 1 das Recht des Staates auf die in den öffentlichen Sachen gefundenen Schätze hergeleitet. Aus ihm erklärt sich, daß der Staat ein Bodengeld — solarium — bezieht, wenn auf öffentlichen Plätzen ohne Erlaubnis gebaut war und das öffentliche Interesse die Zerstörung des Baues nicht fordert. — Zum „Fiskalvermögen", welches nur die pecunia des Staates umfaßte, wurden freilich die öffentlichen Sachen nicht gezählt, l. 72 § 1 D. de contr. empt. 18, 1, l. 2 § 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Dies beweist nichts gegen das Eigentum des Staates. Gajus libro 2 institutionum, l. 1 pr. D. de div. rer. 1, 8 sagt allerdings: quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt. Schon die Glosse erklärt zutreffend „nullius" scilicet hominis privati, ut sequitur, non communitatis, Eisele a. a. O. S. 11. Die richtige Ansicht hat sich in der neueren Literatur überwiegend Bahn gebrochen, für sie auch Regelsberger Bd. 1 § 113, siehe jedoch unten § 61 Anm. 3. Für die Auffassung Jherings tritt energisch ein Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. Bd. 2 S. 393 ff.

8) arg. l. 30 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2.

nommen ist, daß z. B. die Schleifung der Festung, welche die zuständige Behörde deklassierte, schon ausgeführt wurde.[9]

§ 60. Öffentliche Wege.

1. Die öffentlichen, d. h. dem allgemeinen Verkehre gewidmeten Wege wurden unterschieden in Hauptstraßen — viae consulares oder militares — und Gemeindewege — viae vicinales.[1]

Die Hauptstraßen dienten dem großen Verkehre, indem sie die Städte untereinander oder die Städte mit dem Meere oder mit den öffentlichen Flüssen verbanden. Sie gehörten dem Staate.[2] Vizinalwege unterhielten den Verkehr in den Gemeinden und unter einzelnen Gemeinden. Sie konnten den Gemeinden gehören, ihr Grund und Boden aber auch im Privateigentume stehen, so daß nur die Last des Gemeingebrauchs auf ihnen ruhte.[3 4]

2. In Rom hatten die Bürger Klagrechte — interdicta — zum Schutze des Gemeingebrauches,[5] um störende, ohne staatliche Konzession auf öffentlichen Wegen und Plätzen in Angriff genommene Anlagen zu hindern oder deren Beseitigung zu bewirken, überhaupt um die freie Kommunikation zu sichern.[6] Sie konnten durch diese Klagen die allgemeinen, wie die eigenen Interessen vertreten. — Heutzutage ist die Fürsorge für die öffentlichen Interessen an den Kommunikationsmitteln ausschließlich Sache der Verwaltungsbehörden. Insoweit sind daher jene Interdikte veraltet; dagegen blieben sie den Privaten, nament-

---

9) l. 9 D. de usurp. et usuc. 41, 3; Seuffert, Archiv Bd. 37 S. 385; Bekker Bd. 1 S. 345.

1) l. 3 § 1 D. de locis et itineribus publicis, 43, 7, l. 2 § 22 D. ne quid in loco publico 43, 8.

2) l. 2 § 21 D. ne quid in loco publico 43, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum: Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est . . . viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur. Die Publikation der öffentlichen Wege, d. h. die Widmung zum Gemeingebrauch, geschah in Rom durch Edikt des Beamten, welcher den Wegebau leitete, insbesondere durch den curator viis sternundis, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 269.

3) Vizinalwege, deren Boden Privaten gehörte, waren nicht öffentliche; denn hierzu war Staats- oder Gemeindeeigentum erforderlich; aber sie wurden den öffentlichen Wegen gleichgestellt, wenn sie der Last der allgemeinen Kommunikation unterstanden. l. 2 §§ 22, 23 D. ne quid in loco publico 43, 8, l. 3 pr. D. de locis 43, 7.

4) Im heutigen Recht sind die wichtigsten öffentlichen Straßen die Eisenbahnen. Sie stehen bekanntlich nicht immer im Staatseigentum, sondern häufig im Eigentume von Aktiengesellschaften. Auch besteht der Gemeingebrauch nur darin, daß jeder berechtigt ist, die reglementsmäßig abgelassenen Züge zu benützen. Die Eisenbahnverwaltungen sind nicht befugt, einzelne zu bevorzugen, andere zurückzusetzen; sie haben vielmehr Personen und Güter in der Reihenfolge ihrer Meldung zu befördern.

5) Davidsohn, Rechtsschutz des Gemeingebrauchs 1889; Sokolowski a. a. O. Bd. 2 S. 28 ff.

6) l. 2 pr. §§ 35, 45 D. ne quid in loco publico 43, 8. Über den populären Charakter dieser Interdikte vgl. Ubbelohde bei Glück Bücher 43 und 44 T. 1 S. 52 und Sokolowski a. a. O. Bd. 2 S. 21 ff.

lich den Wegnachbarn zur Wahrung ihrer besonderen Interessen dienstbar.[7]

3. Bestritten ist, ob die Straßenanlieger Entschädigungsansprüche gegen Staat oder Gemeinde haben, wenn ihnen durch Verlegung der Straße oder durch deren Erhöhung oder Erniedrigung die bisherige Kommunikation unmöglich gemacht wird. Dies ist nach heutigem Recht abweichend vom römischen zugunsten von Gebäuden an städtischen Straßen zu bejahen. Denn es ist ein Grundsatz des jetzigen Rechtes, daß derartige Maßnahmen im öffentlichen Interesse, welche eine Schädigung des Vermögens von Privaten bewirken, auf Kosten der Gemeinheit und nicht der einzelnen geschehen.[8]

§ 61. Flüsse, Seen.[1]

Flüsse sind in festen Gerinnen frei dahin fließende Gewässer. Auch die Bäche gehören im weiteren Sinne zu den Flüssen. Die fließende Welle als solche ist Gemeingut, der Fluß selbst aber, d. h. der durch ihn erfüllte Raum, des Eigentumes fähig.

Die Flüsse sind teils öffentliche, teils private.

1. Als öffentliche Flüsse galten den Römern alle beständig fließenden, als private die zeitweise austrocknenden. Maßgebend waren hier die Bedürfnisse der Bewässerung. Die öffentlichen Flüsse bildeten gleich den künstlichen castella wichtige Reservoire für die gesamte

---

7) So RG. Bd. 1 S. 157, Bd. 6 S. 162. Ubbelohde a. a. O. T. 2 S. 529, T. 4 S. 187, Bl. für Rechtspflege in Thüringen n. F. Bd. 18 S. 264. Nicht ein dingliches Recht machen die Individuen hierbei geltend, wie manche, z. B. Bekker, Bd. 1 S. 342, Regelsberger Bd. 1 § 113 Anm. 13, annehmen, sie reagieren gegen den Angriff auf ihre Persönlichkeit, der in der Verkümmerung ihres Anteils am Gemeingebrauch liegt. Anderer Art sind die durch Privilegien erworbenen Rechte einzelner an Plätzen und Flüssen. Diese haben dingliche Natur und dinglichen Schutz und zwar nach Analogie einer Superfizies oder Grundgerechtigkeit je nach ihrer Art.

8) Einverstanden Regelsberger Bd. 1 § 113 Anm. 15. Anders RG. Bd. 3 n. 49, Bd. 6 S. 162, Bd. 7 S. 172, OLG. Celle in Seuff. Archiv Bd. 51 n. 28; Blume, d. R. der Anlieger an öffentlichen Straßen, Festg. für Schirmer, 1900. Für die hier verteidigte Ansicht haben sich bezüglich der Straßen in der Stadt erklärt das OAG. zu Rostock, Entscheidungen Bd. 5 S. 287, auch bei Seuff. Archiv Bd. 22 n. 144; Schäfer, Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 302, desgleichen in preußischrechtlicher Sache, aber aus allgemeinen Gründen RG. Bd. 7 S. 213, vgl. RG. Bd. 25 S. 243, ebenso in französischrechtlicher Sache RG. Bd. 10 S. 271. Mit Recht bemerkt Bekker Bd. 1 S. 347, „es wäre dringend zu wünschen, daß das RG. die fehlgehende Entscheidung in III 49 zu korrigieren sich entschlösse".

1) Die Literatur ist eine sehr umfangreiche. Über die neueren Schriften vgl. Stobbe Bd. 1 § 64 Anm. 27. Wir heben hier hervor Börner im Archiv für ziv. Praxis Bd. 38 n. 7 und n. 15; Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Recht in Iherings Jahrb. Bd. 7 n. 5; Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach römischem Rechte 1867; Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs in der Zeitschr. für vergleichende Rechtsw. Bd. 1 S. 261 ff.; Bekker in ders. Zeitschr. Bd. 2 S. 35 ff.; Ubbelohde a. a. O. T. 4 S. 323. Vgl. auch Randa, d. österr. Wasserrecht. 3. Aufl. 1891. Nach Einf.Ges. z. BGB. Art. 65 bleibt das „Wasserrecht" durch dieses unberührt. Ossig, römisches Wasserrecht 1898; Sokolowski a. a. O. Bd. 2 § 4 das Interdikt und die Bewässerung vertritt die hier dargelegte Auffassung des röm. Rechts von den öffentlichen Flüssen.

landwirtschaftliche Irrigation.[2] Nächstdem erst trug man auch der Schiffahrt Rechnung.

Die öffentlichen Flüsse stehen im Eigentume des Staates.[3] Dem Staate gehören daher ihre Nutzungen, z. B. das im Flusse wachsende Schilf,[4] ferner der Zins für Gebrauchsvorrechte, die er erteilt, z. B. für konzessionierte Wassermühlen oder Brücken.

Daneben besteht ein ausgedehnter Gemeingebrauch, insbesondere zur Schiffahrt, zum Genuß von Wasser für Menschen und Vieh, selbst zur Entnahme von Sand, Kies, Steinen, soweit öffentliches Interesse nicht entgegensteht.[5] Nach römischem Rechte war die Fischerei frei;[6] nach deutschem Rechte hat das Fischereirecht im öffentlichen Fluß nur der Staat[7] und wer es durch Verleihung oder unvordenkliche Verjährung vom Staate erwarb.

Die Römer stellten Interdikte zur Verhinderung und Beseitigung

---

2) Sokolowski a. a. O. S. 39 ff.; l. 1 § 5 D. de aqua cottid. 43, 20 nulla enim alia aqua duci potest, nisi quae perennis est; l. 1 § 3 D. de fluminibus 43, 12. Ulpianus libro 68 ad edictum. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Später hieß es: „flumina paene omnia publica sunt, l. 4 § 1 D. de div. rer. 1, 8. Es ist selbstverständlich, daß im wasserarmen Süden man zu dieser Definition der öffentlichen Flüsse niemals hätte gelangen können, wenn die Bedürfnisse der Schiffahrt allein maßgebend gewesen wären, wie früher behauptet wurde; Funke im Archiv für ziv. Praxis Bd. 12 S. 276 ff.; Ossig a. a. O. S. 3 ff.; vgl. auch Börner a. a. O. S. 185 ff.; Hesse a. a. O. S. 187 ff. 240 ff.; Romagnosi, vom Wasserleitungsrecht übers von M. Niebuhr 1840 S. 253 ff.; Regelsberger Bd. 1 § 112 Anm. 5; Randa, Eigentumsrecht 2. Aufl S. 62; Ubbelohde a. a. O. S. 324. Freilich nach gemeinem Recht galten den klimatischen und wirtschaftlichen Verhältnissen Deutschlands entsprechend für öffentlich die schiffbaren Flüsse, so weit sie von alters her mit Schiffen oder mit verbundenen Flössen befahren werden. Die künstlichen Wasserstraßen standen den natürlichen gleich.

3) Mehrere Schriftsteller, welche anerkennen, daß im allgemeinen die res publicae im Eigentume des Staates und der Gemeinde stehen, glauben bei den Flüssen das gleiche nicht annehmen zu dürfen. Das Recht des Staates an den Flüssen soll auf dem staatlichen Hoheitsrechte beruhen. So u. a. Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 11; Stobbe § 64 Anm. 46; Regelsberger Bd. 1 § 113 Ziff. 2. Doch die Römer bezeichnen die öffentlichen Flüsse wie die öffentlichen Wege als dem Staate gehörig, l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 273. Hieran kann uns nicht irre machen, daß verlassene Flußbetten und die Flußinseln den Flußanliegern zufallen. Denn das Eigentum des Staates am Flußbett ist dadurch bedingt, daß dasselbe dem Flusse zugehört. Darüber spricht sich Pomponius libro 34 ad Sabinum l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 aus: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum: itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus . . esse debet. Vgl. auch RG. Bd. 3 S. 232, Seuff. Archiv Bd. 47 n. 180 (RG.).

4) Dies auch dann, wenn das Grundstück, auf welchem das Schilf wächst, im Privateigentume stand und erst dadurch Teil des Flußbettes wurde, daß es unter den Wasserspiegel heruntersank.

5) So RG. Bd. 4 S. 258 in preußischrechtlicher Sache. Die verschiedenen Ansichten sind zusammengestellt bei Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 § 136 Anm. 7.

6) § 2 J. de rer. div. 2, 1.

7) Schon in der constitutio de regalibus vom Jahre 1158 — II feud. 56 — werden piscationum reditus als regal bezeichnet. Stobbe-Lehmann Bd. 2 § 128 Ziff. 3. Nach Regelsberger Bd. 1 § 117 Anm. 9 erstreckt sich der Gemeingebrauch auch auf die „Fischerei".

von Anlagen auf, welche die Schiffahrt stören, ferner zum Schutze der Schiffahrt gegen Behinderung und endlich gegen Anlagen, welche den Lauf des Flusses von dessen Richtung im letzten Sommer ablenken sollen.[8]

2. Privatflüsse — auch Kanäle, die nicht öffentliche Wasserstraßen bilden — standen im Eigentume von Privaten. In der Regel gehörten sie den Anliegern bis zur Mitte. Nach römischem Rechte unterschied sich das Eigentum an Privatflüssen nicht von demjenigen an anderen Objekten.[9]

3. Teiche stehen im gewöhnlichen Privateigentume. Landseen sind bald private, bald auch öffentliche Gewässer.[10]

Drittes Kapitel.

Arten der körperlichen Sachen.

§ 62. Immobilien und Mobilien.

Die körperlichen Sachen sind entweder unbewegliche — Immobilien — oder bewegliche — Mobilien.

1. Immobilien sind die Grundstücke. Sie nehmen eine unveränderliche Stelle im Raume ein.[1] Bestandteil des Grundstückes ist der Erdkörper und alles mit ihm körperlich Verbundene, sei es durch Einwurzeln, sei es durch Einmauern, sei es in anderer Weise.[2]

Das Grundstück wird zur selbständigen Sache durch seine Begrenzung. In Rom unterschied man agri limitati und arcifinii. Limitierte nannte man die unter staatlicher Autorität von den Feldmessern zugemessenen Grundstücke; arcifinii waren anderweit begrenzte, mochten nun ihre Grenzen willkürlich gezogen oder durch Flüsse oder auch durch öffentliche Wege gegeben sein. Nur die nichtlimitierten Grundstücke hatten Alluvionsrecht.[3]

---

8) Vgl. Tit. Dig. 43, 12: de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur, Tit. Dig. 43, 13: ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit, Tit. Dig. 43, 14: ut in flumine publico navigare liceat.

9) l. 1 § 4 D. de fluminibus 43, 12. Anders nach gemeinem Recht. Hier wurde auch an Privatflüssen ein gewisser Gemeingebrauch zugelassen. Es durfte ferner der Oberlieger dem Unterlieger das Wasser, welches diesem herkömmlich zufloß, nicht entziehen; er mußte jedenfalls das dem Fluß entnommene Wasser nach dem Gebrauch in dessen Bett zurückleiten. RG. Bd. 8 S. 134, Bd. 12 S. 184.

10) l. un. §§ 3 ff. D. ut. in flumine publico 43, 14, l. 112 D. de V. S. 50, 16.

1) Der allgemeinste Ausdruck für Immobilien bei den Römern ist res soli, Gaj. Inst. II §§ 53, 54. Das Wort fundus bezeichnete im engeren Sinne nur landwirtschaftliche Grundstücke, Gaj. II § 42, l. 1 §§ 3 und 6 D. de vi 43, 16, aber im weiteren umfaßte es auch die Gebäude, l. 211 D. de V. S. 50, 16 und l. 27 pr. D. ager est locus, qui sine villa est. Vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 139; Regelsberger Bd. 1 § 98; Bekker Bd. 1 § 72.

2) l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum: omne, quod inaedificatur solo cedit. l. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1. l. 40 D. de a. e. v. 19, 1. BGB. bestimmt §§ 93—96 die „Bestandteile" eines Grundstücks. Es zeichnet besonders die wesentlichen Bestandteile — §§ 93 und 94 — aus. Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 S. 16 ff.

3) l. 16 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 § 6 D. de fluminibus 43, 12. Rudorff, römische Feldmesser Bd. 2 S. 250 ff., S. 452 ff.

Die Grenze wird meist äußerlich auf der Erdoberfläche markiert. Dies ist aber zur Individualisierung der Grundstücke nicht unentbehrlich. Es kann vorkommen, daß die Grenze noch nicht bezeichnet, daß ihr Lauf unbekannt ist.[4] Das Grundstück besteht als selbständiges, wenn man die Grenze nur überhaupt ermitteln und feststellen kann.

Nach ihrer wirtschaftlichen Bestimmung unterscheidet man landwirtschaftliche — praedia rustica — und Gebäudegrundstücke — praedia urbana. Zum Gebäude gehört der Hof und der Hausgarten.[5] Ställe, Magazine und selbst unbebaute Lagerplätze haben in der Regel die Rechtsstellung der Gebäude.[6]

2. Mobilien sind alle körperlichen Sachen außer den Grundstücken und deren Bestandteilen.[7] Daher gehören zu den Mobilien unter anderem mit dem Boden nicht verbundene Gebäude; ferner die Schiffe, insbesondere auch die dem Erwerb durch die Seeschiffahrt bestimmten — die Kauffahrteischiffe.[8]

Eine besondere Art der Mobilien sind die Moventien, d. h. was sich durch eigene Lebenskraft bewegt,[9] also Tiere und Sklaven.

§ 63. Vertretbare, verbrauchbare Sachen.[1]

1. Gewisse Güter dienen den allgemeinen menschlichen Bedürfnissen durch die Eigenschaften ihrer Gattung und Art, ohne daß es auf etwaige individuelle Besonderheiten ankommt. Der Verkehr legt daher nur auf deren Gattung, Art und Zahl Gewicht. Man nennt sie Fungibilien oder vertretbare Sachen,[2] weil sie im Verkehr einander gleichgeachtet werden und sich vertreten können, Quantitäten oder Quantitätssachen, weil nur ihre Zahl, nicht ihre Individuali-

4) Beispielsweise ist die in der Mitte des Flusses entstehende Insel von Rechts wegen unter den Ufernachbarn nach körperlichen Teilen geteilt, welche noch nicht markiert und oft nur nach weitläufigen Aufnahmen bestimmbar sind.

5) l. 198 D. de V. S. 50, 16, l. 1 pr. D. communia praediorum 8, 4.

6) l. 4 § 1 D. in quib. causis. pignus 20, 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 297.

7) Der natürliche Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien macht sich im römischen Rechte in mehreren Beziehungen geltend. Die Interdikte uti possidetis und unde vi bezogen sich nur auf Immobilien, ebenso das interdictum quod vi aut clam. Dotalgrundstücke sind unveräußerlich. Nur an Mobilien ist ein furtum möglich. Vgl. noch l. 66 D. de V. S. 50, 16. Tiefer gehen die Unterschiede im deutschen Rechte. Auf ihm beruht das Recht des BGB., welches geradezu ein besonderes Mobiliar- und ein besonderes Immobiliarsachenrecht ausgebildet hat.

8) l. 20 § 4 D. quod vi 43, 24. Seeschiffe werden als „schwimmende Gebäude" derzeit in mehreren Punkten ähnlich wie Immobilien behandelt. Vgl. Goldschmidt, Handelsr. Bd. 2 S. 4 Anm. 8; Stobbe 3. Aufl. Bd. 1 §§ 63 Anm. 16, BGB. §§ 1259 ff., ZwVG. §§ 162 ff.

9) In Rom war der Ausdruck zweideutig. l. 93 D. de V. S. 50, 16.

1) Goldschmidt, Handelsrecht 2. Aufl Bd. 2 S. 21; Karlowa, Begriff der fungibeln Sachen in Grünhuts Zeitschr. Bd. 16 S. 416; Windscheid-Kipp Bd. 1 §§ 140 141. Roguin, les choses fongibles et les choses de consommation, recueil inaug. de l'Université de Lausanne 1892.

2) So auch BGB. § 91.

tät in Betracht kommt.[3] Es gehören hierher Getreide, Wein, Öl, Wolle, ferner das Geld, d. h. das staatlich festgestellte allgemeine Maß und Surrogat der Vermögensbestandteile. Fungibel sind auch gleichartige Wertpapiere, d. h. Urkunden über einen Anspruch auf Geld oder andere Fungibilien, dessen Geltendmachung und Verwertung an die Urkunde geknüpft ist.[4 5]

Sobald die Zahl geschuldeter Fungibilien festgesetzt ist, so gilt der Gegenstand der Schuld als unzweideutig normiert. So bestimmte Ansprüche — certae[6] — genießen vielfach prozessualische Vorzüge.

Darlehen können nur in Fungibilien bestehen. Nur Ansprüche auf Fungibilien endlich sind verzinsbar im eigentlichen Sinne.

Den Gegensatz zu den Fungibilien bilden die Individualsachen — Species —, bei denen man regelmäßig auf das besondere Individuum Gewicht legt, z. B. ein Haus, Gemälde, Pferd.

Die Grundsätze des Verkehrs bestimmen über die Eigenschaft der Sachen als vertretbarer oder nicht vertretbarer. Im Einzelfall kann aber auch, was regelmäßig als Individualsache gilt, bloß nach Gattung und Art in Betracht kommen, z. B. bei einem Lieferungsvertrag über 100 Pferde für eine Pferdeeisenbahn; — oder umgekehrt was regelmäßig vertretbar ist, als Species behandelt werden, z. B. Geldmünzen.

2. Verbrauchbare Sachen — Konsumtibilien — sind solche Gegenstände, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in ihrer Vernichtung besteht, z. B. Getreide, Wein, Öl. Dabei ist zunächst an die körperliche Vernichtung gedacht, doch auch Geld und was dem Verkehr als Geld dient,[7] ist zu den verbrauchbaren Sachen zu zählen, weil es dem Eigentümer durch den Gebrauch entzogen wird.[8]

3. Die Eigenschaften der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit finden sich meist zusammen. Aber nicht immer ist dies der Fall. Es

---

3) Über die Geschichte der Bezeichnung „fungibel" vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 166. Die Römer sprechen von res, quae pondere, numero, mensura constant Gaj. Inst. III § 90, l. 2 § 1 D. de rebus creditis 12, 1, siehe auch l. 29 in fine D. de solutionibus 46, 3. In l. 2 § 1 D. d. r. c. sagt Paulus libro 28 ad edictum: eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

4) Über Wertpapiere vgl. Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 140 ff.; Ernst Jacobi, die Wertpapiere im Bürg. R., 1901.

5) Man spricht von „fungibeln Handlungen", wenn im Verkehr auf die Individualität des Leistenden kein Gewicht gelegt wird, im Gegensatz von nichtfungibeln, bei welchen es auf die Persönlichkeit des Leistenden ankommt.

6) l. 74, l. 75 § 1 und § 2 D. de verb. obl. 45, 1.

7) Nicht als verbrauchbar behandelt Regelsberger Bd. 1 § 100 „Banknoten mit Nummern". Mit Unrecht. Soll der Nießbrauch an ihnen ein „wahrer" sein, welcher zu ihrer Rückgabe in specie verpflichtet? dann wäre der Nießbraucher zu bedauern. Banknoten, die nicht numeriert sind, gibt es übrigens nicht.

8) Nach BGB. § 92 sind verbrauchbare Sachen auch solche Mobilien, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in ihrer Veräußerung besteht, und es gelten als verbrauchbar auch bewegliche Sachen, die zu einem Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sache besteht.

sind z. B. nichteingebundene Bücher, ferner Wertpapiere vertretbar, nicht verbrauchbar.

§ 64. Teilbarkeit der Sachen.[1]

1. Teilung im Gegensatz zur Zerstückelung ist die Zerlegung einer Sache in mehrere *ihr selbst* und *einander wesensgleiche* Objekte. Die Teilung setzt daher *die Erhaltung des Begriffes* des geteilten Gegenstandes voraus, nicht seine Zerstörung.

Schon die römischen Rechtslehrer unterschieden eine Teilung des *Sachbegriffs* — die intellektuelle Teilung und die Teilung des *Sachkörpers*.

a) Die *ideelle* oder *intellektuelle* Teilung — intellectu partes habere — ist eine wahre Teilung, weil hierbei das Teilungsobjekt auch körperlich unverändert fortbesteht und die bloß gedachten Teile sich dem Wesen nach gleichen. In diesem Sinne ist jede Sache unter mehrere Berechtigte teilbar.[2]

b) Die physische oder körperliche Teilung ist die Zerlegung des Sachkörpers in mehrere *begrifflich gleiche* Stücke. Sie ist nur dort möglich, wo ungeachtet der Teilung das geteilte Objekt seinem Wesen nach nicht zerstört wird, also vor allem bei Grundstücken durch Ziehung von Grenzen, ferner bei Quantitäten von vertretbaren Sachen.[3]

---

1) Wächter, Handbuch des württemberg. Privatrechts Bd. 2 S. 276, 277 und im Archiv für ziv. Praxis Bd. 27 n. 7; Steinlechner, das Wesen der juris communio I S. 5 ff; Rümelin in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 387; Sokolowski a. a. O § 25 das Wesen der ideellen Teilung und § 26 das Wesen der physischen Teilung; die Darstellung des Textes ist dieser Arbeit entnommen.

2) l. 35 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 21 ad edictum: Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat. Man stritt früher darüber, was hier geteilt werde, der Sachwert — Donellus, Comm. jur. civ. XV, 6 § 4; Steinlechner a. a. O.; Brinz 1. Aufl. Bd. 2 S. 186; Hesse im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 112 ff.; Girtanner in Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 243 und namentlich Windscheid Bd. 1 § 140 Anm. 4. In den von Kipp besorgten Auflagen ist dieser Standpunkt freilich aufgegeben. Die herrschende Meinung spricht von einer Teilung des Rechtsinhalts; Arndts § 53 Anm. 5; Eck, die doppelseitigen Klagen S. 93 und Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 19 S. 233 ff.; Randa, Eigentumsrecht § 9 S. 211 ff. und Besitz § 16. Die Alten betrachteten nach ihrer metaphysischen Auffassung als geteilt die Sache selbst, d. h. ihre ideelle Seite, nicht das körperliche Substrat und daraus ergeben sich neue selbständige Rechte; Sokolowski a. a. O. § 25.

3) l. 7 pr. D. de exc. rei jud. 44, 2; Aristoteles, dessen Anschauungen hier von Einfluß waren, brauchte den Ausdruck *ὁμοιομερῆ* für Objekte, deren Teile sich selbst und dem Ganzen wesensgleich sind, wie Metalle, Flüssigkeiten usw.; *ἀνομοιομερῆ* heißen Sachen, die nur in ungleichartige Stücke zerlegbar sind und damit zerstört werden. Z. B. lebende Tiere, Gemälde u. dgl.; vgl. de partibus animalium I, 1 p. 640 b. 17. Bei Grundstücken wird jeder Teil zum selbständigen Grundstück. Der Zusammenhang zum Ganzen kann aber fortbestehen, wenn z. B. das Gesamtgrundstück mit dinglichen Lasten, Pfandrechten usw. beschwert war; cf. l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16 Paulus libro 21 ad edictum. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Vgl. l. 6 § 1 D. comm. praed. 8, 4, l. 5 § 16 D. de reb. eor. 27, 9. Horizontale Teilung von Immobilien insbesondere nach Stockwerken war den Römern unbekannt, denn das Eigentum am Boden zog den ganzen auf ihm errichteten Bau nach sich. In Deutschland hat sich freilich partikular-

2. Durch Rechtsvorschrift können an sich teilbare körperliche Sachen für unteilbar erklärt werden. Solche Teilungsverbote kommen in Partikularrechten vor, indem z. B. die Teilung von Bauernhöfen, Rittergütern oder Forsten untersagt wird.[4]

§ 65. Die wesentlichen Bestandteile und die Pertinenzen.

1. Unter wesentlichen Bestandteilen verstanden die römischen Rechtslehrer alles, was der Begriff der körperlichen Sache zu seiner Vollendung braucht. Das maßgebende Kriterium lag hier in der Zweckbestimmung, im perpetuus usus.[1] Eine physische Verbindung der Bestandteile zum Ganzen war nur insofern von Bedeutung, als sie durch den ständigen Gebrauchszweck bedingt wurde,[2] andererseits kann der Zusammenhang der Teile trotz ihrer körperlichen Auflösung durch den Sachbegriff und die Zweckbestimmung begründet werden; in diesem Sinne sind wesentliche Bestandteile eines Gebäudes Türen, Vorfenster, Schlüssel[3] oder eines im Umbau befindlichen Hauses die aufgestapelten Materialien.[4]

2. Unter dem Einfluß germanischer Auffassungen entwickelte sich schon im Mittelalter der Pertinenzbegriff oder das Zubehör.[5] Die naiv-sinnliche

---

rechtlich Eigentum an einzelnen Stockwerken gebildet und erhalten; Kuntze, die Kojengenossenschaft und das Geschoßeigentum, 1888; R. Schröder, über eigentümliche Formen des Miteigentums, 1896. Das Einf.-Ges. z. BGB. Art. 182 läßt diese Rechtsbildung unberührt.

4) Etwas Verwandtes ist, daß Aktien unteilbar sind, HGB. § 179.

1) l. 17 § 7 D. de act. empt. vend. 19, 1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: Labeo generaliter scribit ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii: ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt; ebenso l. 242 § 4 D. de V. S. 50, 16. Über den metaphysischen Ursprung dieser Auffassung Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 39 ff., S. 331 ff. Auch das BGB. hat die Bezeichnung wesentlicher Bestandteil gewählt und zwar in einem dem antiken analogen Sinne; Sokolowski a. a. O. S. 359 ff. Über ältere Auffassungen vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 142, ferner Rümelin in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 387 ff.

2) l. 17 § 7 D. 19, 1 cit. Anm. 1; l. 38 § 2 D. eod. 19, 1: es gibt vincta fixaque quae aedium non essent; l. 8 D. quod vi a. cl. 43, 24, l. 245 pr. D. de V. S. 50, 16: statuae adfixae ... tabulae ... adfixae ... non sunt aedium: ornatus enim aedium causa parantur, non quod aedes perficiantur; l. 17 § 3 D. de act. empt. vend. 19, 1: crustae marmoreae aedium non sunt; l. 17 D. eod. multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi; vgl. Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 332 ff.

3) l. 17 pr. D. de act empt. vend. 19, 1: aedium multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, l. 15 D. eod. l. 245 § 1 D. de V. S. 50, 16: prothyrum, quod in aedibus iterum qui fieri solet, aedium est; l. 12 § 25. D. de instruct. vel instrum. leg. 33, 7: Specularia ... domus esse partem ... sive in aedificio sunt posita sive ad tempus detracta.

4) l. 17 § 11 D. de act. empt. vend. 19, 1: Pali, qui exempti sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt; l. 83 § 5 D. de verb. obl. 45, 1 sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt; l. 17 § 10 D. de act. empt. vend. 19, 1 ea, quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur, aedificii sunt; l. 18 § 1 D. eod. tegulae, quae detractae sunt ut reponerentur: aedibus enim accedunt. Das Nähere Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S 334 ff.

5) Gesterding, Irrtümer der Rechtsgelehrten S. 301 ff; Funke, die Lehre von den Pertinenzen 1827; Württemberg. Pr.-Recht Bd. 2 S. 242 ff; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 56; Göppert, über die organischen Erzeugnisse S. 59; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 26 n. 1; Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 337 ff., 373 ff.

deutsche Rechtsanschauung betrachtete die Gegenstände nur als Naturganzes, wie sie sich der unmittelbaren Wahrnehmung in der Außenwelt darstellten. Infolgedessen waren ihr die begrifflichen Bestandteile fremd, der entsprechende wirtschaftliche Zweck wurde durch das lockere Band der Pertinenzqualität erstrebt.[6] Hauptsache und Pertinenz behandelte man im Verkehr als geschlossenes Ganzes. Ein absolutes Kriterium dafür, was als Pertinenz gelten soll, gab es nicht,[7] regelmäßig war der Wille des Eigentümers entscheidend,[8] doch mußte die Bestimmung des Zubehörs zum Dienste der Hauptsache tatsächlich verwirklicht sein. Wie beim wesentlichen Bestandteil, so hielt man auch beim Zubehör eine körperliche Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache nicht für erforderlich, wenn sie nur dazu bestimmt war, letzterer dauernd zu dienen. Im Pertinenzverhältnis können sowohl unbewegliche und bewegliche Sachen zu Immobilien stehen, als auch Mobilien untereinander.[9]

Das BGB. hat neben dem wesentlichen Bestandteil auch den Zubehör aufrecht erhalten.[10]

§ 66. Frucht und Kapital.

1. Frucht — Einkommen — ist der regelmäßige Ertrag einer Sache oder eines anderen Vermögensbestandteiles — des Kapitals.[1] Die menschliche Wirtschaft muß notwendig einerseits den Kapitalstock oder die Substanz des Vermögens und andererseits dessen Frucht oder Einkommen unterscheiden. Dieser ökonomischen Unterscheidung schließt sich das Recht an.

Dem römischen Recht war dieser wirtschaftliche Fruchtbegriff ursprünglich fremd. Es bestand eine unter naturphilosophischen Einflüssen entwickelte Fruchttheorie.[2] Frucht — fructus — nannten die Alten die

6) Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 337; schon Göppert a. a. O. S. 58 hat die irrtümliche Lehre von den Pertinenzen im römischen Recht stark eingeschränkt; noch mehr Kohler a. a. O. S. 23; mit Recht meint er, der Begriff der Pertinenzen sei von den Römern nicht durchgeführt worden.

7) Schon die gemeinrechtliche Praxis kämpfte hier mit großen Schwierigkeiten. Ein Akt der Verzweiflung war die Abfassung von Hommels Pertinenz- und Erbsonderungsregister, Leipzig 1805; es wurde hier versucht, kasuistisch alle Sachen aufzuzählen, die im Verhältnis von Hauptsache und Zubehör stehen könnten.

8) So namentlich Kohler a. a. O. S. 69.

9) Gebäude bildeten die Pertinenz von Grundstücken oder als Nebengebäude den Zubehör von Hauptgebäuden. Auch Rechte, z. B. die Gerichtsbarkeit, betrachtete man im Mittelalter als Pertinenz der Lehngüter; Kraut, de jure pertinentiarum Erfurt 1675. Reiches kasuistisches Material bei Hommel a. a. O.

10) Das hat in Theorie und Praxis Schwierigkeiten erzeugt, da sich beide Begriffe trotz ihres ganz verschiedenen Wesens und Ursprungs schwer abgrenzen lassen; vgl. Sokolowski a. a. O. S. 376 ff.

1) Ähnlich Czyhlarz bei Glück, Bücher 41 und 42 Bd. 1 S. 389. — Leo v. Petrażycki, L. v. Einkommen 1. Band 1893. Neuerdings Reichel in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 205.

2) Die natürliche Fruchtlehre bei Göppert, über die organischen Erzeugnisse 1869; Regelsberger Bd. 1 § 103; trotz ihres richtigen Ausgangspunktes hat sie mancherlei Anfechtung erfahren, weil sie ihre Ergebnisse verallgemeinerte.

natürlichen Erzeugnisse körperlicher Sachen; sie entstehen aus der Substanz des Objekts und sind während ihrer Entwicklung physisch, begrifflich und rechtlich mit ihm verbunden. Das Wachstum der Muttersache, ihre periodische Erneuerung, die Einheit und Gleichheit der Frucht mit ihr bildet die wichtigste Voraussetzung.[3] Das gilt von den Früchten der Tiere, Pflanzen und Mineralien.[4] Solange die Frucht mit der Muttersache verbunden ist, spricht man von fructus pendentes oder stantes,[5] nach der Trennung von der Muttersache durch Naturgewalt oder menschliche Handlung wurde sie ein selbständiges Objekt — fructus separatus[6] — und es kann nunmehr an ihr ein eigener Erwerbsakt stattfinden — die perceptio.[7]

Daneben sorgte das römische Sklavenrecht zeitig dafür, den Verkehr an Vorstellungen von dinglichen Erträgnissen zu gewöhnen, welche mit dem körperlichen Zuwachs nichts gemein hatten. Von alters her

3) Vgl. Sokolowski a. a. O. Bd. 1 Kapitel 6: der Zuwachs der Körper- und Sachbegriffe, namentlich über den Einfluß des Aristoteles auf diese Lehre. Auf die periodische Erneuerung weist der Ausdruck „reditus“ hin l. 77 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 49 ad edictum: Frugem pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit.

4) Sokolowski a. a. O. S. 455 ff. Die Alten behaupteten die Möglichkeit eines Wachstums und einer periodischen Erneuerung auch bei Mineralien, hiervon sollte die Fruchtqualität der Gesteine und Metalle abhängen; vgl. die bei Sokolowski S. 456 citierten Fragmente. Sie befanden sich hiermit nicht im Widerspruch zur modernen Naturwissenschaft, wie neuere Juristen behaupten.

5) Fructus pendentes gelten noch als Teile der Muttersache l. 44 D. de rei vind. 6, 1. Gajus libro 29 ad edictum provinciale. Fructus pendentes pars fundi videntur, l. 25 § 6 D. quae in fraudem creditorum 42, 8 und hierzu Lenel, edictum perpetuum S. 399. Sie sind nicht Gegenstand besonderen Eigentums. Der Käufer stehender Bäume wird nicht deren Eigentümer, selbst wenn sie speziell bezeichnet und angeschlagen sein sollten, er hat nur eine Klage auf Übergabe der Bäume l. 40 D. de act e. v. 19, 1. Pomponius libro 31 ad Quintum Mucium: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habebit actionem. Geschäfte über hängende Früchte sind nur in derselben Weise wie über künftige Sachen anderer Art möglich. Künftige Früchte können verkauft oder sonst versprochen werden, wobei ihre dereinstige Entstehung vorausgesetzt wird, l. 8 D. de contr. empt. 18, 1. Sie sind auch im voraus verpfändbar, müssen aber, damit das Pfandrecht entsteht, zur Zeit ihrer Separation in das Eigentum des Verpfänders treten, l. 15 pr. D. de pign. 20, 1.

6) Man hat irrtümlich die Ansicht vertreten, daß die getrennte Frucht fortdauernd Teil der fruchttragenden Sache sei: die Fruchttrennung bilde nur eine Vervielfältigung des Eigentums, gerade so, wie wenn der Eigentümer seinen Bogen Papier oder seinen Leib Brot zerschneidet; Brinz, Bd. 1, S. 546 und Göppert a. a. O. S. 176. Mit Recht weist Petrażycki a. a. O. S. 99 darauf hin, daß der Erwerbstitel der fructus rei emptae nicht „pro emptore“ sondern „pro suo“ war; l. 2 D. de pro suo 41, 10. Der nachträglichen Forderung von Sachteilen steht die exceptio rei judicatae entgegen nicht aber der Nachforderung von Früchten des Prozeßobjektes; l. 7 pr. D. de exc. rei jud. 44, 2; vgl. Sokolowski a. a. O. Bd. 1. S. 469 ff.

7) Die Separation der Frucht ist keine rechtliche Tatsache, sondern ein natürliches Ereignis, welches an sich auf das Eigentum oder sonstige Rechte keinen Einfluß hat, daher braucht der Eigentümer keine besondere Aneignungshandlungen an den getrennten Früchten vorzunehmen. Die perceptio bedarf eines Rechtstitels; Sokolowski a. a. O. Bd. 1. S. 467 ff.

bestand der Ertrag vom Sklaven nicht im natürlichen Zuwachs oder in der direkten Produktivität seines Körpers, sondern in seiner Tätigkeit und Arbeit.[8] Schließlich dehnte man den Fruchtbegriff auf Erträgnisse aus, welche durch Rechtsgeschäfte — Miete, Pacht,[9] Darlehn — aus Sachen oder Kapital eingezogen wurden, indem man hierfür den Ausdruck fructus civiles erfand.[10]

2. In der weiteren Entwicklung vergegenwärtigte man sich den Fruchtbegriff als wirtschaftlichen Reinertrag der Muttersache oder des Kapitals nach Abzug der Kosten, welche die Bestellung, die Versicherung der Früchte sowie die laufenden Verwendungen zur Erhaltung des Kapitals verursacht hatten.[11] Es wird also vom Bruttoertrage der Nettogewinn geschieden, indem beide Arten von Erträgen fructus genannt werden.[12]

3. Gewinnbare Früchte — fructus percipiendi — bilden den Reinertrag, welcher aus einem Kapital erzielt werden kann. Wer zum Fruchtersatz verpflichtet ist, hat meist auch den gewinnbaren Fruchtertrag zu erstatten. Dies erleichtert dem Kläger die Durchführung seiner Ansprüche. Denn was ein Beklagter aus dem fruchttragenden Kapital wirklich gezogen hat, läßt sich häufig nicht nachweisen; was aber das Kapital hätte bringen können, ist in der Regel durch Sachverständige festzustellen.[13]

---

8) l. 31 l. 79 D. de rei vind. 6, 1 Tit. Dig. de operis serv. 7, 7. Später brachte die stoische Philosophie die Menschenwürde des Sklaven mehr zur Geltung Cicero, de natura deorum. II cap. 14; de officiis I cap. 7. Der Sklave ist ein Mensch wie sein Herr und hominum causa sind die Früchte aller Dinge erzeugt, es ist daher unlogisch — absurdum — den partus ancillae als Frucht zu behandeln l. 28 § 1 D. de usuris. 22, 1, l. 27 pr. D. de her pet. 5, 3, l. 68 pr. D. de usufr. 7, 1. Petražycki a. a. O. S. 61, Sokolowski a. a. O. S. 446ff.

9) l. 62 D. de rei vind. 6, 1 Papinianus libro 6 quaestionum. Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent .... etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed jure percipitur. l. 38 § 13 de usuris. 22, 1, l. 8 § 2 D. de rebus a jud. 42, 5. Anderwärts werden die Mietgelder als loco fructuum bezeichnet. l. 29 D. de her. pet. 5,3, l. 34 D. de usuris. 22, 1. In l. 121 D. de V. S. 50, 16 sagt Pomponius libro 6 ad Quint. Mucium: Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione. Dieser Ausspruch ist besonders charakteristisch für den naturphilosophischen, nicht aber wirtschaftlichen Ursprung der römischen Fruchtlehre.

10) Dieser Seite der Fruchtlehre ist namentlich die Arbeit Petražyckis: Lehre vom Einkommen gewidmet. Bemerkenswert de lege ferenda, ist sie der eigenartigen historischen Entwicklung des Fruchtbegriffes im römischen Recht nicht gerecht geworden.

11) l. 1 C. de fruct. 7, 51. Hoc fructuum nomine continetur, quod justis sumtibus deductis superest, l. 46 D. de usuris. 22, 1, Petražycki, Einkommen Bd. 1 S. 144ff.

12) Einen doppelten Sinn hat auch der Ausdruck „fructus percepti". Er bezeichnet einmal Früchte, deren Besitz man ergriffen hat, und außerdem den mittels Verwertung der Naturalfrüchte gewonnenen Reinertrag. l. 9 § 6 D. de reb. a. jud. 42,5. quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit, neque locavit. Petražycki a. a. O. S. 177.

13) Vgl. Petražycki a. a. O. Bd. 2 S. 61.

Vierter Abschnitt.

Rechtserwerb und Rechtsverlust.

Erstes Kapitel.

Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne.

§ 67. Die juristischen Tatsachen.[1]

Die Rechte im subjektiven Sinne werden hervorgebracht durch Tatsachen, d. h. im Raum und in der Zeit sich abspielende, sinnlich wahrnehmbare Begebenheiten, nicht minder durch Vorgänge des menschlichen Seelenlebens. Durch Tatsachen vollzieht sich der Erwerb, die Veränderung, der Verlust der Rechte. Und wie die Rechte begrifflich aus Tatsachen fließen, so läßt sich deren Existenz praktisch nur aus Tatsachen erschließen und erkennen. Daher dreht sich jeder Rechtsstreit in erster Linie um die rechtsbegründenden, rechtsverändernden und rechtsvernichtenden Tatsachen. Man nennt mit Fug solche rechtsgestaltenden Tatsachen juristische, denn sie sind es, welche das Rechtsleben bestimmen.

Die Gesamtheit der Tatsachen, welche zu einer Rechtswirkung erforderlich sind, bildet deren juristischen Tatbestand.[2]

Dieser Tatbestand hat rechtliche Wirkung nur unter dem Schirm der Rechtsordnung.[3] Doch muß man sich die Rechtsordnung dabei nicht als einen deus ex machina denken, so daß sie willkürlich an Tatsachen Rechtswirkungen knüpft. Vielmehr ist die Wirkung der wichtigsten juristischen Tatsachen, z. B. des Deszendentenverhältnisses, der Ehe, des Kaufes, des Darlehns durch die Notwendigkeit des menschlichen Zusammenlebens und die Eigenart von Volk und Staat gegründet. Es wohnen den juristischen Tatsachen rechtsbildende Kräfte inne, welche die Anerkennung des Rechts herausfordern.

Die juristischen Tatsachen bilden zwei Hauptgruppen, nämlich Handlungen, d. h. Willensäußerungen der Beteiligten, und andere Ereignisse, z. B. Geburt, Tod, Zeitablauf.

Die Handlungen sind teils bloße Willensäußerungen, z. B. ein Testament, teils Realakte, bei denen sich die Willenserklärung mit

1) Vgl. die Untersuchungen von Bekker Bd. 2 §§ 30 ff., ferner Manigk, das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte, Breslau 1901 S. 4 ff., von demselben über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen in der Königsberger Festschrift für Kant 1904 n. VI. — Die Ausführungen der §§ 67—72 sind auch für die Theorie des BGB. die maßgebenden. Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 S. 312 ff.

2) Regelsberger Bd. 1 § 118.

3) Ein vielzitiertes Wort Windscheids ist — Bd. 1 § 63 —: „Man sagt von dem Tatbestande, daß er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das eigentlich Wirkende ist der an diesen Tatbestand angeknüpfte Spruch der Rechtsordnung." Vgl. aber Zitelmann, Irrtum S. 280; Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 153.

einer anderen Tatsache verbindet, z. B. Besitzergreifung, Hingabe eines Darlehns.

Der Wille kann sich auch in *Unterlassungen* betätigen.[4] Daher betrachtet man die Unterlassungen als Unterart der Handlungen und nennt sie *negative Handlungen*.

Zu den Handlungen gehören Rechtsgeschäfte und Delikte.[5] *Rechtsgeschäfte* sind Willensäußerungen, durch welche der Handelnde seine Rechtsverhältnisse selbstbestimmend gestaltet, sie bilden die Mittel seiner privatrechtlichen Freiheit.[6] *Delikte* sind schuldhafte rechtsverletzende Handlungen, an welche sich Bestrafung und Schadensersatzpflicht des Schädigers knüpft, damit sein Unrecht gesühnt werde. Auch Delikte sind gewollt wie Rechtsgeschäfte, aber die rechtliche Wirkung des Delikts tritt dem Willen des Delinquenten zum Trotz ein, die des Rechtsgeschäfts soll dem Willen des Handelnden entsprechen.

Tatbestände als Ursachen von Rechtswirkungen nennt man *Titel*. Beruhen sie auf Verträgen, so heißen sie *Vertragstitel*; sind sie vom Willen der Beteiligten unabhängig, so spricht man von *gesetzlichen Titeln*.

§ 68. Der Rechtserwerb.

Die *Selbsterschaffung des Rechts der Beteiligten* durch ihren *Willen* war das Ideal der Römer, welches sie möglichst zu verwirklichen strebten. Den realen Verhältnissen gegenüber war dies freilich meist nur in erkünstelter Weise tunlich.

Dem deutschen Recht dagegen galt als das Naturgemäße, daß das Individuum infolge seiner Geburt, sozialer Momente, der Lebensverhältnisse in gegebene Rechtsbeziehungen eintrete. Der individuelle Wille hatte daneben ursprünglich einen nur sehr beschränkten Raum. Erst mit der Rezeption des römischen Rechts wurde dem Willen der einzelnen sowohl im Verkehr unter Lebenden als bei letztwilligen Verfügungen freiere Bahn eröffnet. Indessen die römische Grundanschauung, wonach der Erwerb von Rechten normalerweise nur aus dem Willen des Berechtigten hervorgeht, und die Rechtspflichten grundsätzlich nur auf dem Willen des Verpflichteten

4) Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Archiv für ziv. Praxis Bd. 92 S. 1, auch besonders erschienen.

5) Diese beiden Kategorien erschöpfen übrigens die juristisch in Betracht kommenden Handlungen nicht. Fahren oder gehen über ein Grundstück kann zur Ersitzung einer Servitut führen; es ist jedoch weder Rechtsgeschäft noch an sich Delikt: Schloßmann, Vertrag S. 129. Ferner kann dieselbe Handlung ein Rechtsgeschäft bilden und zugleich ein Delikt, z. B. die Veräußerung einer deponierten Sache, worin auch ein furtum liegt. Aber dies spricht nicht gegen die Einteilung. Denn eine solche Handlung bildet von gewissen Gesichtspunkten aus und nach gewissen Richtungen ein Delikt, nach anderen ein Rechtsgeschäft. Anders Schloßmann, Vertrag S. 130, vgl. gegen ihn Thon, Rechtsnorm S. 368 ff. Gegen den Begriff der juristischen Handlungen Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung 1900 S. 24 Anm. 1.

6) Vgl. unten § 79.

beruhen, blieb immerhin eine fremde. Dies bewirkte zahlreiche und tiefgreifende Umgestaltungen.

Besonders anschaulich macht dies ein Verhältnis des Nachbarrechts. Drohte dem Nachbarhaus Einsturz, so war der Eigentümer des baufälligen Hauses in Rom an sich zur Reparatur nicht verpflichtet, er hatte von Rechts wegen nicht für Schaden durch den Einsturz aufzukommen; aber der gefährdete Nachbar konnte die Übernahme der Schadensersatzpflicht durch Stipulation — cautio damni infecti — fordern und die Verweigerung der Kaution hatte empfindliche Nachteile im Gefolge.[1] Der heutigen Rechtsauffassung erscheint es dagegen als zweckloser Umweg, solcher Gestalt eine Willenserklärung zu erzwingen, statt die Wirkungen, welche sich an sie knüpfen würden, direkt eintreten zu lassen. Dieser Auffassung gibt Ausdruck ZPO. § 894: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat."[2]

Der Gegensatz dieser verschiedenen Grundrichtungen tritt namentlich im Prozeß hervor. Der Aufbau des römischen Prozesses ruhte auf dem Gedanken eines Prozeßvertrags — judicio contrahitur.[3] Dieser Vertrag wurde durch die Litiskontestation abgeschlossen, d. h. durch die beiderseitige Annahme des Geschworenenrichters, welchen der Prätor auf Grund der Parteiverhandlung bestellte. Deshalb erschien den Römern in alter Zeit ein Prozeß unmöglich, wenn sich nicht beide Teile vor dem Magistrat zusammenfanden, um den Prozeßvertrag einzugehen. Ließ sich der Beklagte nicht ein, so trafen ihn die schwersten Nachteile, ein Prozeß aber wurde gegen ihn nicht geführt. Diese Vorstellungen beherrschen den modernen Prozeß nicht mehr. Nach jetzigem Recht urteilt die Obrigkeit über eingeklagte Ansprüche nicht erst infolge der Zustimmung der Parteien, sondern kraft ihrer Amtsgewalt, und die durch den Prozeß bedingten Umbildungen des eingeklagten Rechts treten von Gesetzes wegen ein, sie gelten nicht als Folge der Parteivereinbarung.

Ihren Grundideen entsprechend führten endlich die Römer die obligatorischen Verpflichtungen sämtlich auf Kontrakt und Delikt zurück, also auf die eigenen Handlungen des Schuldners. Verbindlichkeiten, welche aus anderen Gründen entstanden, schlossen sich als Obligationen quasi ex contractu und quasi ex delicto jenen beiden Hauptarten an, gleich als wäre auch ihr Grund eine Handlung des Schuldners.[4] In gleicher Weise erklärte man in Rom kraft Gesetzes entstehende Pfandrechte durch

1) Ähnliches finden wir bezüglich der väterlichen Einwilligung zu Eheschließungen der Hauskinder. Der Hausvater sollte sie nicht ohne Grund verweigern; geschah dies dennoch, so wurde er zu deren Erteilung von dem Magistrate gezwungen. Eine Ergänzung durch die Obrigkeit findet nicht statt. l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2: „coguntur in matrimonium collocare et dotare".

2) Kipp, die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung 1892.

3) l. 3 § 11 D. de peculio 15, 1.

4) § 3 J. de oblig. 3, 13. Gaj. Inst. III §§ 88, 89.

die Fiktion eines stillschweigenden Pfandvertrages — tacita conventio — zwischen dem Eigentümer der Pfandsache und dem Gläubiger.[5] Die moderne Systematik läßt dies fallen. Sie stellt gesetzliche Obligationen und Pfandrechte den vertragsmäßigen als ebenbürtig zur Seite.

§ 69. Sukzession. Abgeleiteter Erwerb.

1. Die Rechtssubjekte wechseln, vergehen, die Güter bleiben. Es gilt dies vor allem von den Grundstücken, welche dem Nutzen ungezählter Generationen bestimmt sind. Wo heute der eine schaltet, werden morgen andere herrschen.

Es findet also Sukzession statt. Dieselbe kann eine unmittelbare — originäre — oder eine abgeleitete — derivative — sein.

a) Unmittelbar ist die Sukzession, wenn das Recht des Nachfolgers durch sich besteht, ohne seine Kraft dem Rechte des Vorgängers zu entnehmen. Ein Hauptfall ist die Ersitzung. Der Ersitzende erwirbt Eigentum, das bisher einem anderen zustand, infolge des fortgesetzten Besitzes und guten Glaubens originär. Er stützt sein Recht nicht auf dasjenige seines Vorgängers.[1] [2]

b) Die Sukzession bildet abgeleiteten Erwerb, wenn das Recht des Nachfolgers seine Existenzbedingungen dem Rechte seines Vorgängers — seines „Autors" — entnimmt.[3] Es sind dann auch die Schranken des Rechtes des Vorgängers die Schranken des Rechtes des Nachfolgers.[4]

---

5) Vgl. Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2.

1) Brinz Bd. 1 S. 244, 563, 595 vermeint: „der Usukapient erwerbe derivativ, nicht originär, vorhandenes, nicht werdendes Eigentum". Dies erweise sich daraus, daß er dominium tale erwerbe quale fuit, mit Servituten und Pfandrechten. Auch dies hat Anklang gefunden, vgl. Regelsberger Bd. 1 § 119 Anm. 5 und dort Angef. Wenn aber A. sein Grundstück derelinquiert und B. dasselbe später okkupiert, so unterliegt dieser gleichfalls der Servituten- und Pfandbelastung des Grundstücks. Sollte also auch die Okkupation derivativ sein? Derivativ ist der Erwerb, welcher von dem Rechte eines bestimmten Autors abhängig ist, so daß der Erwerber zum Nachweise seines Eigentums außer seinem Erwerbstitel das Eigentum des Autors darzutun hat. In diesem Sinne aber ist die Ersitzung sicherlich nicht derivativ. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 64 Anm. 6 a. E., aber auch Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 S. 279 Anm. 2. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 103.

2) Originär ist auch der Erwerb eines Rechts, welches bisher nicht bestand, z. B. Okkupation einer herrenlosen Sache. Hier, wo wir nur von Sukzessionen handeln, ist darauf nicht weiter einzugehen.

3) l. 20 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 29 ad Sabinum. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.

4) Hat also der Tradent einer Sache nur Eigentum an ihr unter einer auflösenden Bedingung, so ist auch das Recht des Rechtsnachfolgers von deren Nichteintritt abhängig. Dagegen ist es zwar richtig, daß Servituten, welche der Autor an seiner Sache bewilligt hat, auch seinen Sukzessor belasten, und daß Servituten, die er der Sache erwarb, auch seinem Sukzessor zugute kommen. Aber mit Unrecht führt dies Ulpian in der l. 20 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 auf den derivativen Charakter der

2. Der abgeleitete Erwerb ist verschiedener Art. Der Rechtsnachfolger kann nämlich gerade dasjenige Recht erhalten, welches dem Vorgänger, von dem er dasselbe ableitet, zusteht, z. B. im Falle der Eigentumsübertragung durch Tradition, sog. translative Übertragung, vollkommene Rechtsnachfolge. Dann gilt das Recht des Nachfolgers als identisch mit demjenigen des Autors.[5]

Abgeleiteter Erwerb liegt nicht minder vor, wenn die Rechte ungleichartige sind, wenn also zwar formell Neuschöpfung eintritt, aber das neue Recht von dem Rechte des Bestellers abhängig ist, sog. konstitutive Übertragung, begrenzte Rechtsnachfolge. So beispielsweise bei Einräumung eines Nießbrauches. Der Eigentümer, welcher den Nießbrauch bestellt, verfügte über ein solches Recht nicht als über ein besonderes. Das Nießbrauchsrecht wird also nicht übertragen, sondern geschaffen. Es entsteht aber nur, falls der Besteller Eigentümer war; daher liegt derivativer Erwerb vor.[6]

3. Die Sukzessionen sind teils Folge von Begebenheiten unter Lebenden, teils des Todes des Berechtigten, welcher ihn zwingt, sein Vermögen anderen Personen zu hinterlassen.

Die Rechtsnachfolge unter Lebenden bildet Singularsukzession; die hauptsächliche Sukzession von Todes wegen — diejenige der Erben — ist Universalsukzession.

a) Singularsukzession — Sondernachfolge — ist Übergang von Vermögensobjekten als Einzelheiten. Auch wer alle seine Vermögensobjekte unter Lebenden übertragen will, z. B. durch Schenkung seines gesamten Vermögens, muß dies durch Übertragung aller einzelnen Bestandteile bewirken.[7]

Tradition zurück, indem er, wie bei den römischen Juristen öfter vorkommt, zwar die Erscheinung richtig charakterisiert, nicht aber deren Gründe. Denn der Grund der Erhaltung der Servituten liegt darin, daß sie unmittelbar an der Sache bestehen und um deswillen von jedem Eigentumswechsel unberührt bleiben, also auch bei etwaigem originären Erwerb fortbestehen, vgl. oben Anm. 1. — Hat der Autor bezüglich der übertragenen Sache persönliche Verpflichtungen übernommen, so gehen diese auf den Rechtsnachfolger an sich nicht über, denn sie verpflichten nur die Person des Eigentümers und seine Erben, affizieren aber die Sache nicht. Hierauf ist später zurückzukommen. Vgl. l. 15 C. de rei vind. 3, 32; l. 6 C. de her. vel act. vend. 4, 39.

5) Die Römer sagen, das Recht des Autors gehe auf den Sukzessor über: l. 15 § 2 D. de contr. empt. 18, 1 dominium meum transire, l. 55 D. de obl. et act. 44, 7 dominium transferunt, l. 177 pr. D. de R. J. 50, 17 in jus dominiumve alterius succedit, l. 20 pr § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Die Rechte sind praktisch identisch; logisch sind sie nur gleiche Größen. Die Auffassungen der Neueren sind indessen verschieden. Vgl. die guten Bemerkungen von Exner, Tradition S. 1 Anm. 2, ferner Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 152; weitere Literatur siehe bei Regelsberger Bd. 1 § 120.

6) l 63 D. de usufructu 7, 1. Paulus libro singulari de jure singulari: Quod nostrum non est, transferemus ad alios: veluti is qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. Vgl. Bekker Bd. 1 S. 110. Hölder, Pand. S. 186 läßt den konstitutiven abgeleiteten Erwerb nicht als „Sukzession" gelten, weil das Recht des Autors bei demselben bestehen bleibe. Weitere Literatur hierüber siehe bei Regelsberger § 120 Anm. 5.

7) Vaticana fragmenta § 263, § 287.

b) Universalsukzession — allgemeine Rechtsnachfolge — ist Eintritt in die Vermögensstellung eines Verstorbenen; sie ist Nachfolge in das Gesamtvermögen mit allen seinen Beziehungen.[8] [9] Der Sukzessor erwirbt unmittelbar in und mit dem Gesamtvermögen die einzelnen dazugehörigen Rechte, auch solche, von denen er nichts weiß, er wird kraft Gesetzes Schuldner der zugehörigen Schulden, mag er sie kennen oder nicht. Die Formen, welche für die singuläre Übertragung von Objekten erforderlich sind, z. B. die Tradition körperlicher Sachen, bestehen für die Universalsukzession nicht.

Mehrere können in denselben Nachlaß zu Bruchteilen — Quoten — sukzedieren. Auch sie sind Universalsukzessoren. Denn sie rücken, wenn auch nur zu Bruchteilen, in die Vermögensstellung des Verstorbenen ein.

§ 70. Das Datum der Rechte.

Wichtig ist die Frage nach dem Datum der Rechte. Sie ist von besonderer Bedeutung bei den dinglichen Rechten, da diese sich untereinander nach der Zeitfolge ordnen; in Kollisionsfällen geht das ältere dingliche Recht dem jüngeren vor.[1] Das Datum der Entstehung eines Rechtes ist aber auch sonst von Bedeutung. Es kann entscheidend werden für die Frage seiner Gültigkeit und für zahlreiche rechtliche Beziehungen. Beispielsweise erstreckt sich ein Konkursverfahren nur auf dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehörte;[2] die Einbeziehung eines Rechts in die Konkursmasse hängt deshalb davon ab, ob es zu jener Zeit bereits bestand, oder erst später entstand.

Knüpft sich ein Recht an eine einzelne Tatsache oder an einen Komplex von Tatsachen, die sich gleichzeitig vollzogen haben, so unterliegt

---

8) Über die Universalsukzession vgl. Hasse im Archiv für ziv. Praxis Bd. 3 S. 18 ff.; Savigny Bd. 3 S. 12 ff.; Birkmeyer, Vermögen S. 29 ff.

9) Die Universalsukzession ist da Bedürfnis, wo das Vermögenssubjekt weggefallen ist, an welches sich die vermögensrechtlichen Beziehungen bisher knüpften. Nach römischem Rechte bildet den Hauptfall die Sukzession in den Nachlaß eines Verstorbenen; im modernen Rechte ist dies sogar der einzige Fall. Solche Sukzession wird herbeigeführt durch unmittelbares Erbewerden, durch Restitution eines Universalfideikommisses, durch Kauf eines Nachlasses vom Fiskus l. 54 pr. D. de her. pet. 5, 3; l. 1 C. de her. vel. actione vendita 4, 39; in Rom gab es noch andere Weisen, insbesondere die addictio bonorum libertatis causa; Tit. Inst. de eo cui libertatis causa 3, 11. In die Güter eines Lebenden trat in Rom Universalsukzession ein, wenn er Sklave wurde, wenn er in die potestas durch arrogatio oder in die manus durch coemptio kam. Seine bisherige Persönlichkeit hörte dann ähnlich wie im Falle seines Todes auf; das Vermögen fiel an den Gewalthaber, mit Ausnahme jedoch der Schulden, die durch capitis deminutio untergegangen waren, Gaj. Inst. III § 83. Dem justinianischen Recht war dies fremd. Das ältere römische Recht kannte endlich auch eine Universalsukzession im Konkursfall durch bonorum emtio. Der Schuldner hatte sich als unwillig oder unfähig gezeigt, den Verpflichtungen gerecht zu werden, die ihm als Vermögenssubjekt oblagen. So wurde ihm gleich einem Verstorbenen ein Universalsukzessor gegeben, Gaj. Inst. III § 77.

1) Vgl. oben § 35 S. 70.

2) KO. § 1 Abs. 1.

die Frage seines Datums keinem Zweifel; höchstens kann der Beweis des Zeitpunktes in Frage kommen.

Rechtlich zweifelhaft wird das Datum eines Rechtes nur, wenn sein Tatbestand aus verschiedenen Tatsachen besteht, die zeitlich auseinanderfallen. Es bedarf z. B. zum definitiven Erwerbe eines Vermächtnisses einer letztwilligen Verfügung, des Todes des Erblassers, des Antrittes der Erbschaft durch den Erben, der Nichtzurückweisung des Vermächtnisses durch den Legatar, alles Momente, welche zeitlich auseinanderfallen, so daß die Frage nach dem Datum des Erwerbes zweifelhaft werden kann.[3]

Man muß vor allem solche Tatsachen unterscheiden, welche die Existenz eines Rechts bedingen, und diejenigen, von denen die praktische Wirkung des Rechts und seine Geltendmachung abhängig ist. Tatsachen der letzteren Art kommen für das Datum des Rechts nicht in Betracht. Wird z. B. heute ein Wechsel akzeptiert, welcher erst nach 3 Monaten zahlbar ist, so gilt der Wechselinhaber schon heute als Wechselgläubiger, obgleich er der Regel nach sein Recht erst nach 3 Monaten äußerlich zur Wirksamkeit bringen kann.[4]

Die Logik scheint zu fordern, daß Rechte erst von dem Momente an datieren, in welchem sich sämtliche ihre Existenz bedingenden Tatsachen vollzogen haben. Dies ist aber keineswegs der Fall. Vielmehr sind zu unterscheiden rechtschaffende — grundlegende oder konstitutive und rechtbestätigende — ergänzende oder konfirmatorische Tatsachen. Das Recht datiert mit der Vollziehung der konstitutiven Tatsachen, vorausgesetzt freilich, daß die konfirmatorischen später gleichfalls eintreten. In der Zwischenzeit ist das Recht in der Schwebe — in pendenti. Realisieren sich die konfirmatorischen Tatsachen, so tritt Rückziehung — Retrotraktion — ein, d. h. es ergibt sich hinterher, daß das fragliche Recht von der Vollziehung der konstitutiven Tatsachen an bestanden hat.[5]

Welche Tatsachen konstitutive, grundlegende und welche bloß konfirmatorische, ergänzende sind, läßt sich nicht nach allgemeinen Prinzipien bestimmen, ist vielmehr bei den einzelnen Verhältnissen zu untersuchen. Es müssen so viele Tatsachen vorliegen, daß es dem Wesen des Rechts entspricht, das werdende Rechtsverhältnis fest zu machen und es über das Stadium bloßer Erwartung hinauszuheben. Insbesondere datieren daher Rechtsgeschäfte häufig mit Abgabe der Willenserklärung der Beteiligten für den Fall, daß gewisse andere gesetzlich geforderte — condiciones

---

3) Vgl. Koeppen in Jherings Jahrb. Bd. 11 S. 144: „Theorie der sukzessiven Entstehung der Rechtsgeschäfte". Bekker Bd. 2 S. 6.

4) Vgl. unten § 76 ff.

5) Belehrend ist die Abhandlung von Fitting über den Begriff der Rückziehung, 1856. Fitting unterscheidet Rückziehung, d. h. Wirkung ex tunc, und Vorwirkung, d. h. Wirkung ex nunc. Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 219.

juris[6] — oder auch willkürlich, durch die Beteiligten zur Bedingung gemachte Tatsachen sich später verwirklichen.

§ 71. Veränderung und Endigung der Rechte.

Die Rechte endigen und verändern sich.[1] Die Endigung beseitigt sie völlig. Im Fall einer Veränderung erhalten sie sich auf der Basis ihres Entstehungsgrundes und erleiden nur in einzelnen Eigenschaften und Wirkungen eine Umgestaltung.[2]

Die Gründe, aus denen Rechte endigen, sind bei jedem konkreten Rechte verschieden. Einige allgemeine Gesichtspunkte müssen hervorgehoben werden.

Manche Rechte sind *in der Regel dauernd*, andere *ihrer Bestimmung nach vergänglich*. Für die Dauer geschaffen werden regelmäßig Eigentumsrechte, Grundgerechtigkeiten, Superfizies und Emphyteusis.[3] Bestimmungsgemäß vergänglich ist der Nießbrauch, welcher an das Leben des Nießbrauchers gebunden ist, die Obligation, welche mit der Erfüllung endigt, und das Pfandrecht, welches mit der Obligation untergeht, die es versichert.

Die Rechte erlöschen teils aus Naturgründen, weil das Gut, um das es sich handelt, untergeht, teils aus Rechtsgründen.

Unter den Rechtsgründen der Endigung und der Veränderung der Rechte hat der Wille des Berechtigten die allgemeinste Bedeutung. Der Berechtigte kann verzichten und veräußern.

a) *Verzicht* — renuntiatio — ist jede *Willenserklärung über die Aufhebung einer Befugnis des Erklärenden*.[4] Die Verzichtgeschäfte sind sehr verschiedener Art, z. B. Dereliktion einer Sache behufs Beseitigung des Eigentums, Verzicht auf Forderungen, auf Pfandrechte, Erbverzichte.[5]

Ursprünglich ging das römische Recht von dem Grundsatze aus, die

6) Eisele, zur Lehre von den condiciones juris im Archiv für ziv. Praxis Bd. 54 n. 4. l. 43 § 10 D. de aedilicio edicto 21, 1. Paulus libro 1 ad edictum aedilium curulium: Interdum etiamsi pura sit venditio, propter juris condicionem in suspenso est.

1) Über die Veränderung der Rechte vgl. Windscheid Bd. 1 § 64. Mit ihr beschäftigt sich eingehend Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 n. 15, Bd. 8 n. 3.

2) Die Obligation z. B. auf Lieferung eines bestimmten Pferdes verändert sich, wenn der Schuldner das Pferd doloserweise tötet. Er schuldet nunmehr Geld. Aber die Obligation als solche ist die bisherige. Bürgen und Pfänder bleiben verhaftet.

3) Es können jedoch alle diese Rechte durch besondere Verfügung auch bloß auf Zeit begründet werden. Bei Superfizies und Emphyteusis muß die Zeit über ein modicum tempus hinausgehen. l. 1 § 3 D. de superficiebus 43, 18.

4) Über Verzicht vgl. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 335, Bekker Bd. 2 S. 230, Leopold Bacher, Revision des Verzichtbegriffes in Iherings Jahrb. Bd. 5 n. 5, Meißels in Grünhuts Zeitschr. Bd. 18 S. 665, Bd. 19 S. 1.

5) Was Verzicht *genannt wird*, ist in Wahrheit *Veräußerung*, wenn die Absicht nicht bloß auf Beendigung des eigenen Rechts, sondern auch unmittelbar auf dessen Übertragung geht. RG. Bd. 3 S. 363, Regelsberger Bd. 1 S. 451.

Rechte seien in derselben Form aufzuheben, in welcher sie begründet worden.[6] Es forderte daher zum Verzichte meist Vertrag, nicht selten Formalvertrag. Im Laufe der Entwicklung gewann jedoch der einseitige Verzicht an Boden. Er reicht bei Rechten aus, denen kein bestimmter Verpflichteter gegenübersteht, z. B. bei Dereliktion des Eigentums.[7] Man erkannte ihn auch sonst aus Zweckmäßigkeitsgründen als wirksam an, z. B. beim Nießbrauch.[8]

Ausdrücklich braucht der Verzicht nicht zu sein, er kann auch aus Tun und Lassen gefolgert werden. Bloße Nichtausübung eines Rechtes, Unterbleiben eines Widerspruches gegen eine Rechtsverletzung, läßt in Verbindung mit anderen Momenten auf den Verzichtswillen schließen;[9] aus bloßer Passivität folgt er aber nicht.

Verzichten kann man wie auf gegenwärtige, so auch auf *künftige* Rechte. Unzulässig war nach römischem Rechte Erbverzicht, d. h. Verzicht auf den Nachlaß eines noch Lebenden.[10] [11]

Ein in der Praxis oft gehörtes Wort ist: Verzichte sind strikt zu interpretieren. Dies ist insofern richtig, als diejenigen Rechte bestehen bleiben, welche nicht unzweideutig durch Verzicht beseitigt sind.[12] Daher stehen auch *allgemeine Verzichtsklauseln* nicht solchen Einwendungen und Anfechtungsgründen entgegen, die sich erst in Zukunft ergeben, von denen es daher ungewiß ist, ob sie durch den Verzicht getroffen werden sollten.[13]

Der Verzicht kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Unentgeltlicher Verzicht ist keineswegs immer ein Liberalitätsakt. Er findet z. B. nicht

---

6) l. 1 D. pro derelicto 41, 7. Ulpianus libro 12 ad edictum . . . isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

7) Über l. 2 D. pro derelicto 41, 7 vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 538.

8) Vgl. l. 64, l. 65 pr. D. de usufructu 7, 1.

9) l. 17 § 1 D. de usuris 22, 1. Wächter a. a. O. S. 338.

10) l. 3 C. de collat. 6, 20; l. 16 D. de suis et leg. her. 38, 16. Dagegen gestatten das gemeine Recht und das BGB. §§ 2346 ff. solche Verzichte.

11) Unzulässig ist auch der Vertrag ne dolus praestetur, d. h. man kann nicht im voraus dem anderen Teile, z. B. einem Mandatar, Indemnität für künftigen Dolus gewähren. Dies würde Übervorteilungen Tür und Tor öffnen. Man kann auch nicht auf das Recht verzichten, von künftig erwachsenden Verjährungseinreden Gebrauch zu machen. Hierin läge eine Antastung der Institution der Verjährung.

12) l. 5 D. de transactionibus 2, 15. Papinianus libro 1 definitionum: Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit. Vgl. weiter l. 47 § 1 D. de pactis 2, 14, l. 3 § 1, l. 9 §§ 1 ff., l. 12 D. de transactionibus 2, 15, l. 31 C. de transact. 2, 4, l. 21 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29.

13) l. 67 § 3 D. de condictione indebiti 12, 6, Scaevola libro 5 Digestorum: Idem quaesiit, an pactum, quod in pariationibus adscribi solet in hunc modum „ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse" impediat repetitionem. respondit nihil proponi, cur impediret. Vgl. l. 4 § 4 D. si quis cautionibus 2, 11. Aus der letzteren Stelle leitete die ältere Doktrin den Satz her, welcher sich auch in den Noten des Dionysius Gothofredus findet: generalis renuntiatio non valet, nisi specialis aliqua praecedat. Dieser Satz war weder quellenmäßig noch rationell.

selten statt, weil das fragliche Recht die Mühe seiner Geltendmachung nicht lohnt.

b) Veräußerung — alienatio — ist Übertragung eines Rechtes durch eine Willenshandlung des Berechtigten auf einen anderen.[14] [15]

Die Veräußerung fordert eine positive Handlung. Zulassung einer Ersitzung ist keine Veräußerung. Aber sie kann ihr gleichstehen, wenn sie behufs Umgehung eines Veräußerungsverbotes geschah. Ebenso ist Übergang des Vermögens des Erblassers an seine Erben keine Veräußerung, eine etwaige testamentarische Erbeseinsetzung kein Veräußerungstitel. Denn der Erbe repräsentiert den Erblasser. Er ist ihm gegenüber kein Fremder.[16]

§ 72. Anerkennung und Genehmigung.

Kaum minder wichtig als die Begründung von Rechtszuständen ist ihre Bestätigung durch Anerkennung und Genehmigung.

1. Anerkennung ist eine Erklärung, welche Bestehen oder Inhalt eines Rechtsverhältnisses feststellt.[1] Das rechtsgültig Anerkannte gilt dem Anerkennenden gegenüber so, wie es die Anerkennung deklariert hat. Ob es mit der Wirklichkeit übereinstimmt, kommt nicht mehr in Frage. Die Anerkennung entspricht daher auf dem Gebiete des Rechts im subjektiven Sinne der authentischen Interpretation im Gebiete des objektiven Rechts.[2]

Die Anerkennung ist ein Verfügungsakt. Der Anerkennende will, daß seine Anerkennung nunmehr die Grundlage für die bezüglichen Rechtsverhältnisse sei. Diese sog. echte Anerkennung ist scharf zu unterscheiden von der sog. unechten, d. h. dem Zugeständnis von Tatsachen, welches nur als Beweismittel zu verwerten ist und durch Gegenbeweis der Unrichtigkeit des Zugestandenen entkräftet werden kann. Nur von der echten Anerkennung ist hier zu sprechen.

a) Die Anerkennung spielt eine große Rolle im Prozeß. Es gehörte dahin die römische confessio in jure, d. h. die Anerkennung des eingeklagten Rechts vor dem Magistrat. Der confessus stand dem Verurteilten gleich.[3]

---

14) Vgl. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 332. Der Begriff der alienatio wurde von den Römern vorzugsweise mit Rücksicht auf die Veräußerungsverbote entwickelt.

15) Sog. konstitutive Übertragung — oben § 69 Anm. 6 — bildet gleichfalls eine Veräußerung, z. B. die Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts.

16) Vermächtnisse begründen Veräußerungen.

1) O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, 3. Auflage 1895. Dies Werk ist die Grundlage der neueren Praxis geworden.

2) Vgl. oben § 31.

3) l. 1 D. de confessis 42, 2. Paulus libro 56 ad edictum: Confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur. Eine gründliche Untersuchung hat Demelius angestellt: die confessio im römischen Zivilprozeß und das gerichtliche Geständnis der neuesten Prozeßgesetzgebung, Graz 1880. Demelius spricht der

b) Die außergerichtliche Anerkennung hat besondere Bedeutung im Gebiete des Obligationenrechts. Der Anerkennungsvertrag wird als Verpflichtungsgrund betrachtet.[4] Es hat ferner die außergerichtliche Anerkennung dinglicher Rechte an seiner Sache durch den Eigentümer bindende Kraft. Sie verpflichtet auch seine Rechtsnachfolger.[5] Bereits erworbenen dinglichen Rechten Dritter kann sie ohne deren Zustimmung freilich nicht präjudizieren. Auch die Anerkennung von Testamenten ist wichtig. Im Familienrechte spielt insbesondere die Anerkennung der Vaterschaft eine Rolle.

Die Anerkennung ist wie andere Verfügungen anfechtbar wegen Irrtums oder anderer Willensmängel. Sie setzt selbstverständlich persönliche Verfügungsfähigkeit voraus. Auch muß es sich um ein Rechtsverhältnis handeln, welches der Verfügung des Anerkennenden untersteht.

2. Auch die *Genehmigung*[6] — ratihabitio — bezweckt Bestätigung von Vorhandenem.[7] Dies rückt sie der Anerkennung nahe. Aber der Standpunkt, von welchem die Genehmigung ausgeht, ist ein anderer.

Der Genehmigende unterstellt, daß das Geschäft, welches er ratihabiert, noch nicht rechtsbeständig ist. Er erklärt aber den Willen, daß es so gelten solle, wie wenn es von vornherein rechtsbeständig gewesen wäre. Der Genehmigende will also die *Rückziehung — Retrotraktion — der Genehmigung*. Das Recht fügt sich diesem Willen, sofern er von demjenigen erklärt ist, welcher sachlich zu einer derartigen Verfügung legitimiert erscheint. Das Geschäft gilt als von Anfang an

römischen confessio in jure den Charakter eines Anerkenntnisses ab. Näheres Eingehen auf die Frage ist hier nicht tunlich.

4) Dies infolge einer Praxis, welche vorzugsweise durch das in Anm. 1 zitierte Werk von Bähr gefördert wurde. Näheres im Obligationenrechte.

5) Vgl. Bekker Bd. 2 S. 246, 255. Die Existenz und der Umfang von Reallasten wird oft durch Anerkennung festgestellt. Handelt es sich um gemeine Lasten, die gewisse Klassen von Personen oder von Grundstücken treffen, so kann der Legitimationspunkt Schwierigkeit machen. Die Universität M. beanspruchte das Recht, von jedem Hause zu L. jährlich ein Huhn und einen Hahn zu beziehen, und gründete dies auf ein Saalbuch der Universitätsvogtei vom Jahre 1668, wonach die damaligen Hausbewohner die Verpflichtung der fraglichen Abgabe anerkannt hätten. Es fragte sich, ob auch später zu L. erbaute Häuser die Abgabe schuldeten. Das Oberappellationsgericht zu Kassel erkannte dies an. Bähr, die Anerkennung § 50 Anm. 12, bezweifelt die Legitimation der damaligen Hausbesitzer, die später erbauten Häuser zu verpflichten. Der Sache nach hatte jedoch das OAG. Recht. Die Anerkennung stellte *zunächst* nur die Verbindlichkeit der damaligen Hausbesitzer und ihrer Sukzessoren fest. Aber es war aus derselben weiter auf ein lokales *Gewohnheitsrecht* zu schließen, wonach alle Häuser der Gemeinde ohne Unterschied abgabepflichtig waren.

6) Von der Genehmigung handelt L. Seuffert, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte 1868, vgl. ferner Windscheid Bd. 1 § 74 Anm. 3, § 83 Anm. 10 und die dort angeführte Literatur, Bekker Bd. 2 S. 219, Bertolini, la ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano, 2 Bde. Roma 1889 ff. und dort Angef. BGB. § 184. Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 § 114.

7) Liegt in der *Erfüllung* eines Geschäfts dessen Genehmigung? Dies ist der Fall, wenn der Erfüllende die Mängel des Geschäfts kannte und zur Genehmigung legitimiert war. Ist *teilweise Erfüllung* Genehmigung des *ganzen Geschäfts*? Im Zweifel nur dann, wenn teilweise Genehmigung unzulässig wäre, weil das Geschäft nach seinen Zwecken nicht teilbar ist.

vorhanden.[8] Rechte Dritter werden aber durch die Rückziehung nicht betroffen.[9] Die Hauptfälle, in welchen die Genehmigung in Frage kommt, sind folgende:

a) Das Rechtsgeschäft bedarf nach gesetzlicher Bestimmung der Genehmigung anderer Personen als der zunächst Beteiligten. So sind beispielsweise Veräußerungsgeschäfte von Vormündern zum Teil an die obervormundschaftliche Genehmigung gebunden.

b) Es ist ein Geschäft für uns durch unbevollmächtigte Stellvertreter — negotiorum gestores — abgeschlossen. Dann ist unsere Genehmigung erforderlich, damit wir aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet werden.

c) Wir selbst haben ein Rechtsgeschäft zu einer Zeit abgeschlossen, in welcher wir dasselbe nicht gültig schließen konnten, z. B. in den Jahren der Minderjährigkeit, und genehmigen es später, nachdem wir die Fähigkeit zu seiner Eingehung erlangt haben.

In allen diesen Fällen wirkt die Genehmigung grundsätzlich zurück, trotzdem die Regel ausnahmsweise aus besonderen Gründen unanwendbar wird.

§ 73. Privilegien.[1]

Die gesetzgebende Gewalt stellt gewöhnlich Regeln auf, nach welchen die Rechte durch entsprechende juristische Tatsachen entstehen. Sie ruft aber auch direkt Rechte in das Leben. Dies geschieht durch Privilegien, d. h. Staatsakte, die unmittelbar Rechte im subjektiven Sinne begründen.

---

8) Windscheid Bd. 1 § 74 Anm. 6. Das Prinzip hat Justinian in der l. 25 C. de donat. i. v. et u. 5, 16 anerkannt. Justinian entscheidet zunächst, daß die an sich nichtigen Schenkungen unter Ehegatten durch letztwillige Ratihabition seitens des Schenkers rückwärts hin Geltung erlangen, sofern nur bei größeren Schenkungen die Form der Insinuation beobachtet war. Darauf fährt er fort: sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt, nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse. Dies Prinzip wendet Justinian in der l. 7 C. ad S. C. Macedonianum 4, 28 auf die väterliche Ratihabition eines durch sein Hauskind gegen das S. C. Macedonianum entnommenen Darlehns mit den Worten an „cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt".

9) In der l. 71 § 2 D. de sol. 46, 3 ist der durch die Ratihabition betroffene zahlende Schuldner kein Dritter, sondern der am ratihabierten Geschäfte Beteiligte, vgl. Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 251 ff.

1) Die gemeinrechtliche Theorie der Privilegien beruht zum Teil auf Sätzen des römischen Reskriptenrechts, zum größeren Teile aber auf den Bestimmungen des kanonischen Rechts über Privilegien. Doch stehen viele dieser Bestimmungen mit der besonderen Verfassung der katholischen Kirche in engster Verbindung und sind auf das Privilegienrecht moderner Staaten nicht anwendbar. Eine gründliche Darstellung des Rechts zur Privilegienerteilung nach kanonischem Rechte findet sich bei Hinschius, das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten Bd. 3 S. 805 ff. Vgl. ferner Huseland, Geist des römischen Rechts 1814 I, S. 212 ff., Schlayer in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 12 n. 2, Gerber, über Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate in seinen Abhandlungen n. XIII. Die Lehre der Privilegien, als dem öffentlichen Rechte angehörig, wird vom BGB. nicht berührt.

Die Gesetznorm hat den Vorzug des Gleichmaßes; das Privilegium ist imstande, die Eigentümlichkeit des besonderen Falles zu berücksichtigen. In früheren Jahrhunderten begünstigte man den Weg der Privilegien; die Neuzeit ist der Regelung durch allgemeine Normen geneigter. Beispielsweise erschuf man im Mittelalter städtische Verfassungen im Wege von Privilegien; jetzt erläßt man Städteordnungen für sämtliche Städte des Staates oder einer Provinz. Lange Zeit hindurch erlangten Verleger und Schriftsteller Urheberrechte nur durch Privilegien; heutzutage sind sie durch Gesetze gesichert. Für die Begründung von Aktiengesellschaften bedurfte es früher eines Privilegiums; jetzt entstehen sie, wenn sie die Normativbestimmungen des Handelsgesetzbuches innehalten. Doch ist auch heute noch das Gebiet der Privilegien ein ausgedehntes. Beispiele sind: die Legitimation unehelicher Kinder durch Reskript des Regenten, Verleihung des Adels und anderer Auszeichnungen, Erteilung von Eisenbahnkonzessionen, von Expropriationsrechten. Die Privilegien können öffentlichrechtlicher oder privater Natur sein. Theoretisch läßt sich ihr Gebiet nicht begrenzen.[2]

Man unterscheidet affirmative Privilegien, welche eine positive Befugnis, und negative, welche eine Befreiung, z. B. von Zehnten, Steuern, gewähren, dauernde und vorübergehende, d. h. auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung verliehene. Die Privilegien sind ferner teils persönliche — personalia —, wenn sie einer Person, sei es vererblich oder unvererblich, zustehen, — teils sachliche — realia —, wenn sie sich an ein Objekt knüpfen, z. B. an ein Grundstück oder an eine Kirche.[3] Die Privilegien können auf Vertrag beruhen — conventionalia — oder ohne solchen erteilt sein — pura. Sie enthalten entweder eine bloße Gunstbezeugung — gratiosa — oder sind gegen eine Gegenleistung erteilt — onerosa. In der Regel gewähren sie eine Begünstigung — favorabilia; es kommen aber auch privilegia odiosa vor, welche eine Zurücksetzung dessen enthalten, gegen den sie sich richten.[4]

Die Privilegien sind *Akte der Gesetzgebung*. Grundsätzlich bedarf es daher auch der Form des Gesetzes. Durch Herkommen und Gesetz ist jedoch die Erteilung der Privilegien oft erleichtert. Namentlich ist sie in den Staaten, in welchen die Landesvertretung Anteil an der Gesetzgebung hat, vielfach der *Krone* oder *Verwaltungsorganen* überlassen. Als gesetzgeberische Akte werden die Privilegien perfekt auch ohne daß der Privilegierte die Vergünstigung annimmt. Sie sind daher auch rechtsbeständig, wenn er stirbt, ehe er die Erteilung erfährt. Der Nachweis der Verleihung durch den Staat wird durch unvordenkliche Verjährung ersetzt.

Aus dem Vertrage über Verleihung eines Privilegiums entspringt keine Klage auf die Erteilung desselben. Denn der Richter kann die Ausübung eines gesetzgeberischen Aktes nicht erzwingen. Der Vertrag über die Erteilung hat aber den Sinn,

---

2) Zahlreiche Arten von Privilegien zählt auf Bekker, Bd. 1 S. 87. — Der moderne Ausdruck Privilegium ist — wie das römische privilegium — doppelsinnig. Privilegien sind bald Sonderrechte für gewisse Klassen von Personen oder von Verhältnissen, z. B. Konkursprivilegien, Privilegien der Minderjährigen, bald Privilegien in dem engeren, hier gebrauchten Sinne.

3) Nicht selten unterscheidet man als besondere Klasse privilegia mixta. Nach einigen sind dies Privilegien, welche den Mitgliedern einer Gemeinschaft als *solchen* zugeteilt sind — Hinschius, Kirchenrecht Bd. 3 S. 809 Anm. 6 —, nach anderen Privilegien, die gewissen Personen unter Voraussetzung eines Besitzes zustehen, z. B. den Standesherren unter Voraussetzung des Besitzes der Standesherrschaft — Kierulff S. 49 —, derartige Privilegien sind persönliche. Dagegen sind dingliche die an eine Sache geknüpften Privilegien, welche durch eine gewisse Qualifikation des Besitzers bedingt sind, z. B. durch Angehörigkeit zu einer bestimmten Konfession. Die sog. privilegia mixta sind hiernach ihrem Grundwesen nach entweder den persönlichen oder dinglichen zuzuteilen.

4) Privilegia odiosa sind nur in den Formen der ordentlichen Gesetzgebung möglich. Sie sind selten. Beispiele geben die in Frankreich gegen die früher regierenden Dynastien erlassenen Verbannungsdekrete.

daß der Staat sich als Fiskus zur Schadloshaltung verpflichtet, wenn er als Gesetzgeber das Privilegium nicht erteilt.[5]

Das Privilegium gilt im Zweifel als verliehen unvorgreiflich älterer Rechte, insbesondere früher erteilter exklusiver Privilegien.[6] Daher geht von zwei kollidierenden Privilegien dieser Art das ältere vor, während beim Widerspruche von Gesetzen das jüngere den Vorzug hat.

Die Privilegien werden unter der Unterstellung erteilt, daß die beim Nachsuchen vorgetragenen Tatsachen richtig und vollständig waren. Unrichtigkeit und Unvollständigkeit begründet die sog. exceptio sub- et obreptionis.[7] Natürlich müssen aber die verschwiegenen oder falsch dargestellten Tatsachen für die Erteilung des Privilegiums relevant gewesen sein. Hierüber kann nur der Privilegienerteiler befinden, nicht der Richter. Dem Privilegienerteiler allein steht es daher zu, das Privilegium, sei es im öffentlichen Interesse, sei es auf Antrag eines bei der Nichtgeltung Interessierten zu kassieren. Der Richter ist nur dann legitimiert, die Ungültigkeit des Privilegiums auszusprechen, wenn solche Tatsachen erschlichen sind, welche gesetzlich die Voraussetzung für die Erteilung des Privilegiums bilden.[8]

Wenn man von Endigung der Privilegien spricht, so meint man damit Endigung der durch das Privilegium begründeten Befugnis.

Dieselbe endigt durch Verzicht, sofern nicht das öffentliche Interesse fordert, daß von dem einmal erteilten Privilegium Gebrauch gemacht wird.[9] Desgleichen endigt sie durch Verjährung nach denselben Grundsätzen, wie auf andere Weise begründete Rechte derselben Kategorie.[10]

Das Privilegium kann durch die Staatsgewalt aufgehoben werden. Ohne Entschädigung ist dies zulässig wegen Mißbrauches,[11] sowie bei Privilegien, welche auf Widerruf erteilt waren.[12]

Zweites Kapitel.

Rechtlich wichtige Momente der Tatbestände.

I. Unrecht. Irrtum.

§ 74. Objektives und subjektives Unrecht. Verschulden.

I. Tun, Lassen und Haben der Menschen, welches dem Rechte widerstreitet, ist Unrecht. In solchen Widerspruch kann man ohne Verschulden

5) Die Frage ist bestritten. Vgl. Seuff. Archiv Bd. 19 n. 213.

6) Hinschius a. a. O. S. 820 Anm. 4. Es ist dies eine Auslegungsregel.

7) Man wendet die Grundsätze der römischen Reskripte an, gegen welche eine praescriptio mendaciorum zulässig war, l. 2—5 C. si contra jus 1, 22.

8) Auch diese Frage ist bestritten. Vgl. die Entscheidungen in Seuff. Archiv Bd. 8 n. 108, Bd. 13 n. 4. Gegen die Zuständigkeit des Richters, über die Erschleichung zu urteilen, erklärt sich Schlayer a. a. O. S. 88.

9) Hinschius a. a O. S. 820.

10) Vgl. l. 1 D. de nundinis 50, 11, cap. 6, 15 X de privilegiis 5, 33. Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 4 n. 6. Hinschius a. a. O. S. 823.

11) cap. 24 X de privilegiis 5, 33: privilegium meretur amittere qui permissa sibi abutitur potestate. Die ältere Praxis nahm hiernach an, daß der Richter befugt sei, die Ungültigkeit eines Privilegiums wegen Mißbrauches auszusprechen. Aus jener Stelle läßt sich dies nicht begründen. Sie spricht nur aus, wie der Gesetzgeber zu verfahren habe. Die neuere gemeinrechtliche Doktrin erachtet daher den Richter nicht für legitimiert, auf Aufhebung des Privilegiums wegen Mißbrauches zu erkennen.

12) Es ist eine nach den Grundsätzen des modernen Staatsrechts zu beurteilende Frage, ob eine Entschädigungspflicht begründet ist, wenn Privilegien aus Gründen anderer Art aufgehoben werden.

geraten, dann ist man in objektivem Unrecht; verletzt man das Recht schuldhafterweise, so begeht man ein subjektives Unrecht.[1]

Aufgabe der Rechtsordnung ist die Überwindung des Unrechtes. Dies gilt für das objektive wie für das subjektive Unrecht. Der Eigentümer kann beispielsweise Herausgabe seiner Sache fordern, ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer sich entschuldbarerweise als Eigentümer ansieht, oder ob er wissentlich die fremde Sache zurückhält. Aber in bezug auf das Maß des Ersatzes für Schaden wird im entwickelten Rechte verschieden behandelt, wer mit und wer ohne Schuld fremde Rechte verletzt.[2]

Verschulden ist rechtsverletzender Willensfehler.[3] Derselbe besteht entweder in böswilliger Rechtsverletzung — dolus malus — oder in Verschulden im engeren Sinne — culpa —, d. h. Vernachlässigung pflichtmäßiger Sorgfalt, ungenügende Anspannung der Geisteskraft.

Dolus hat eine engere und eine weitere Bedeutung. Im engeren Sinne ist der Betrug, d. h. Rechtsverletzung durch arglistige Täuschung, im weiteren jede bösliche Rechtsverletzung durch Täuschung oder durch widerrechtliche Handlungen anderer Art.[4]

II. Das Verschulden — culpa — hat zwei Grade:

1. Grobes Verschulden — culpa lata — ist rechtsverletzende Nichtbeachtung dessen, was jedem einleuchten mußte, also völlige Gleichgültigkeit gegen seine Pflichten. Bewußte Verletzung fremder Rechte, die nicht in Bosheit, sondern in Willensschwäche ihren

---

1) Bereits Hegel hebt das „unbefangene" Unrecht hervor. Jhering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht 1867 S. 5 ff., unterscheidet „objektives" und „subjektives" Unrecht. Viele freilich wollen von objektivem Unrecht nichts wissen. So namentlich Merkel, kriminalistische Abhandlungen 1867 S. 43, Binding, Normen Bd. 1 S. 135 ff., Brinz Bd. 2 S. 175 Anm. 35, vgl. aber Thon, Rechtsnorm S. 70 ff., Regelsberger Bd. 1 § 178 Anm. 8.

2) l. 40 D. de her. pet. 5, 3. — BGB. § 990. — Das ältere römische Recht kannte eine derartige Unterscheidung nicht. Es reagierte gegen das Unrecht in gleicher Weise, mochte der Beklagte in Schuld sein oder nicht. Dies führt näher Jhering a. a. O. aus.

3) Die Grundlagen der römischen Lehre des Verschuldens haben festgestellt Löhr, Theorie der Culpa 1806 und Beiträge zur Lehre von der Culpa 1808, sowie J. Chr. Hasse, die Culpa des römischen Rechts 1815, 2. Auflage 1838. Eingehende Untersuchungen finden sich ferner bei Binding, Normen Bd. 2 S. 267 ff. und bei Pernice, Labeo, dessen 2. Band sich vorzugsweise mit den hier einschlägigen Fragen beschäftigt. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm S. 78. Wir stellen hier nur die allgemeinsten Grundsätze der Lehre der culpa dar, das Weitere behalten wir dem Obligationenrechte vor. — Über das BGB. vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 63 ff.

4) l. 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3. Ulpianus libro 11 ad edictum: Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari . . . itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Labeos Definition ist umfassender als die von Servius Sulpicius. Nicht bloß Täuschung, sondern jede arglistige Veranstaltung — machinatio — zur Benachteiligung — ad circumveniendum — eines anderen ist eingeschlossen, vgl. Pernice, Labeo Bd. 2, Aufl. 2 S. 493.

Grund hat, wird von den Römern noch zur culpa lata gezählt.[5] Der römische dolus ist also enger als der Begriff der „absichtlichen Verletzung" oder des „rechtswidrigen Vorsatzes";[6] die neuere Systematik dagegen unterscheidet nur Vorsatz und Fahrlässigkeit.[7]

Die culpa lata wird in der Regel dem dolus gleichgehalten.[8] Wer also, wie z. B. der Depositar, grundsätzlich nur für Dolus haftet, wird auch verantwortlich, wenn ihm culpa lata zur Last fällt.

2. Leichtes Verschulden — culpa levis — ist rechtsverletzende Nichtbeachtung dessen, was ein sorgfältiger Mensch — diligens pater familias — unter den gegebenen Umständen beobachtet hätte.[9]

Der Maßstab für die Bemessung der culpa levis ist ein abstrakter. Man fragt, hätte in gleicher Lage ein praktischer, den Lebensverhältnissen gewachsener Mensch die Verletzung voraussehen können und hätte er sie abgewendet? Auf die Eigenschaften der Person, um die es sich gerade handelt, kommt es nicht an. Sie darf sich daher nicht auf ihre Beschränktheit, ihre etwaigen üblen Gewohnheiten berufen. Man soll aber auch nichts Außerordentliches von ihr verlangen, wenn sie, ungewöhnlich begabt, doch im gegebenen Fall nicht mehr leistete, als andere. Wer jedoch Dinge in Angriff nimmt, die besondere Sachkenntnis fordern, z. B. eine ärztliche Behandlung, haftet für Kunstfehler.[10] Denn ein sorgfältiger

---

5) l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 1 regularum: „Lata culpa" est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. l. 223 pr. D. eod. Paulus libro 2 sententiarum. Latae culpae finis est, non intellegere id quod omnes intellegunt. Non intellegere heißt nicht bloß den schädlichen Erfolg „nicht kennen", sondern auch seiner „nicht achten", nicht darüber nachdenken. Man wirft z. B. beim Rauchen halb träumend den brennenden Fidibus auf eine kostbare Decke, in welche er einbrennt. Vgl. Pernice a. a. O. Bd. 2, Aufl. 1 S. 423 und F. Mommsen, Erörterungen aus dem Obl.Recht Heft 2 S. 196 ff.

6) l. 7 pr. D. depositi 16, 3, l. 8 § 10 D. mandati 17, 1, l. 7 § 7 D. de dolo malo 4, 3. Unzulässig ist der Schluß von Binding, Normen, Bd. 2 S. 338 ff., daß culpa lata stets rechtswidrigen Vorsatz erfordere, nie Fahrlässigkeit sei. Wie erklärte sich hiernach der Name culpa, und wie konnten sich Ulpian und Paulus in ihrer Definition so gründlich täuschen? Vgl. Pernice a. a. O.

7) So auch BGB. — Das BGB. definiert grobe Fahrlässigkeit nicht. Die Begriffsbestimmung der l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16 ist vorausgesetzt.

8) So Nerva nach der l. 32 D. depositi 16, 3 und Gajus l. 1 § 5 D. de obl. et act. 44, 7. Der Satz wurde ein Lieblingsaxiom von Ulpian: er wendet ihn in folgenden Stellen an: l. 11 § 11 D. de interrog. 11, 1, l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6, l. 29 pr. D. mandati 17, 1, l. 7 § 1 D. de suspectis tutoribus 26, 10, l. 8 § 3 D. de precario 43, 26, l. 1 § 2 D. si is qui testamento 47, 4. Ob die Gleichstellung auch bei nichtkontraktlicher Verschuldung einzutreten hat, ist bestritten. Das BGB. kennt die Gleichstellung von dolus und culpa lata nicht.

9) Schon Alfenus Varus in der l. 12 D. de periculo 18, 6 setzt die culpa in die Vernachlässigung der diligentia, quam debent homines frugi et diligentes praestare. Später wurde der „diligens pater familias" sprichwörtlich, l. 65 D. de usufr. 7, 1, l. 18 pr. D. commodati 13, 6. Pernice, Labeo Bd. 2, Aufl. 1 S. 330 ff. Eine andere Begriffsbestimmung wählt BGB. § 276: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt." Vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. 2 § 63 S. 135.

10) Diesen Satz hat Celsus zur Geltung gebracht. l. 9 § 5 D. locati 19, 2. Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro 8 digestorum scripsit: si

Mensch übernimmt nur, was er versteht und kann. Dies gilt natürlich nicht, falls man in Notfällen notdürftige Hilfe brachte.

Verschulden kann im Tun — in faciendo — oder im Unterlassen — in non faciendo — bestehen.

Für leichtes Verschulden ist man nicht unter allen Umständen verantwortlich. Hauptfälle sind Kontrakte, die man in eigenem Interesse schloß, und außerkontraktliche Sachbeschädigung gemäß der lex Aquilia.

Seit Hadrians Zeiten unterscheidet man als Nebenart leichten Verschuldens den Mangel an diligentia quam in suis rebus adhibere solet, oder, wie sich die neueren Schriftsteller ausdrücken, die culpa in concreto.[11] Hier gilt als maßgebend, wie sich der in Anspruch Genommene gewöhnlich in eigenen Angelegenheiten benimmt Dies bezieht sich aber nur auf geringere Übereilung oder Lässigkeit; grobes Verschulden findet keine Entschuldigung. Auch handelt es sich bloß um eine Herabsetzung der gewöhnlichen Anforderungen, nicht um eine Steigerung in Fällen, in denen man in eigenen Angelegenheiten Außergewöhnliches zu leisten pflegt.

In dieser geminderten Art ist nach römischem Recht verantwortlich der Vormund bei Mündelsachen, der Gemeinschafter und der Gesellschafter bei der Verwaltung von Sozietätsgeschäften, der Ehemann bei Verwaltung der Dos und auch anderen Vermögens der Frau.[12]

Celsus betrachtete es als culpa lata, wenn man anvertraute fremde Dinge weniger sorgfältig behandelt, als die eigenen. Dies war eine Sonderansicht, die keine Aufnahme bei den späteren römischen Juristen fand. Eine derartige Nachlässigkeit kann culpa lata sein, aber ebensogut einen leichten Fehler bilden.[13]

§ 75. Unwissenheit und Irrtum.[1]

1. Irrtum — error — ist die falsche Vorstellung vom Wirklichen; Unwissenheit — ignorantia — ist Nichtkenntnis

---

quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit. Vgl. l. 8 § 1 D. ad. leg. Aquiliam 9, 2.

11) Pernice, Labeo Bd. 2, Aufl. 1 S. 360 ff., l. 72 D. pro socio 17, 2.

12) Das BGB. hat die Fälle zum Teil anders bestimmt; vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 65 S. 140.

13) Celsus libro 11 digestorum. l. 32 D. depositi 16, 3. Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit. Vgl. l. 23 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Celsus hat hier, wie er dies auch sonst oft tut, seine eigenen Wege eingeschlagen. Es ist dies um so weniger befremdlich, als zu seiner Zeit die Doktrin der culpa noch im Fluß, die Auffassung von diligentia quam in suis rebus als Unterart der culpa levis noch nicht allgemein anerkannt war. So im wesentlichen Pernice, Labeo Bd. 2, Aufl. 1 S. 366.

1) Tit. Dig. de juris et facti ignorantia 22, 6, Cod. 1, 18. Mühlenbruch im

des Sachverhaltes. Unwissenheit und Irrtum haben die gleichen Folgen.[2] Die Quellen und die Jurisprudenz gebrauchen daher die beiden Ausdrücke wie Synonyma.

2. Nicht bei allen Verhältnissen hat der Irrtum rechtliche Bedeutung. Häufig stellt das Gesetz seine Regeln derart auf, daß das Wissen oder Nichtwissen der Beteiligten nicht in Betracht kommt. Beispielsweise ist ein Privattestament, welches vor 7 fähigen Zeugen errichtet werden muß, nichtig, wenn einer der Zeugen unfähig ist. Dies gilt auch dann, wenn der Erblasser entschuldbarer Weise die Unfähigkeit seiner Zeugen nicht kannte.

In vielen Rechtsverhältnissen ist der Irrtum von Bedeutung. Als eine der wichtigsten juristischen Tatsachen gilt z. B. der gute Glaube eines Nichtberechtigten. Seine Basis aber ist Irrtum. Irrtum bildet ferner die Grundlage der Rückforderung von Zahlungen vermeinter, aber nicht wirklich bestehender Schulden. Der Irrtum spielt auch bei der Frage der Rechtsbeständigkeit von Rechtsgeschäften eine große Rolle.[3]

Auch in solchen Fällen wird nicht jeder Irrtum berücksichtigt.

3. Eine alte Rechtsregel besagte: *Rechtsirrtum schadet, tatsächlicher Irrtum schadet nicht.*[4]

Tatsächlicher Irrtum wird beachtet. Denn Irren ist menschlich. Der Umsichtigste kann in den Geschäften des Lebens nicht immer den Schein vom Wirklichen trennen.[5] Wie leicht kann man sich z. B. darüber irren, ob jemand, der uns eine Sache zum Verkauf anbietet, deren Eigentümer ist. Rechtsirrtum, d. h. Irrtum über das *Recht im objektiven Sinne* wird dagegen nicht beachtet,[6] denn man nimmt an, daß jeder das Recht zu kennen hat, soweit es sich auf seine Angelegenheiten erstreckt. In der Kaiserzeit legte man das Hauptgewicht auf die *Entschuldbarkeit* des Irrtums. Dies war mit der alten Rechtsregel bis zu einem gewissen Grade vereinbar. Man ließ sie daher nicht fallen, *bildete sie aber in beiden Gliedern nach dem neuen Gedanken tunlichst um.*[7]

a) Allseitig wurde anerkannt, daß tatsächlicher Irrtum nur dann

---

Archiv für ziv. Praxis Bd. 2 n. 35. Savigny Bd. 3 S. 111 ff. Beilage VIII S. 325 ff. Wächter, Pandekten § 32 Beilage Bd. 1 S. 354. Brinz Bd. 4 § 525 ff.

2) Savigny Bd. 3 S. 326.

3) Vgl. unten § 10. Über das Wort der Quellen „errantis nulla voluntas" vgl. unten § 10 Anm. 3.

4) l. 9 pr. D. h. t. Paulus libro singulari de juris et facti ignorantia: Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.

5) l. 2 D. h. t. Neratius libro 5 membranarum . . . facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

6) Irrtum über das Recht im objektiven Sinne ist insbesondere Irrtum über Gesetze, bei den Römern auch Irrtum über die Normen des prätorischen Ediktes l. 10 D. de bon. poss. 37, 1. Vgl. S. A. Schultze, Privatrecht und Prozeß § 30.

7) Pernice, Labeo Bd. 2, Aufl. 2 S. 493 hebt mit Recht hervor, daß die römische Jurisprudenz davon ausging, daß sie Rechtsirrtum und Tatsachenirrtum verschieden behandelte. Aber er verkennt, daß die Entwicklung in der Kaiserzeit dahin ging, die Entschuldbarkeit des Irrtums zum maßgebenden Kriterium zu machen.

nützt, wenn er entschuldbar ist. Dies galt im Interesse des Verkehrs und der guten Ordnung, wäre doch sonst der Unaufmerksame und Nachlässige dem Aufmerksamen und Sorgfältigen gegenüber im Vorteil.[8]

b) Die Einfachheit des alten Rechts ließ es seiner Zeit als unbedenklich erscheinen, Rechtsirrtum zu ignorieren. Gegenüber dem entwickelten Rechte der Kaiserzeit mußte dies zu Härten führen. Man verwies freilich auf die Möglichkeit, den Rat von Rechtsgelehrten einzuholen und Labeo schloß hieraus, daß Rechtsirrtum zu verzeihen sei, wenn die Frage über den Gesichtskreis des Laien hinausgehe und Gelegenheit zur Einholung der Belehrung durch Rechtsgelehrte fehle. Das sind seltene Fälle.[9] Ferner wurde Soldaten, Ungebildeten und Frauen bei einigen Angelegenheiten Rechtsirrtum nachgesehen.[10] Papinian aber erklärte, daß Rechtsirrtum zwar zum Erwerb nicht hinreiche, daß er aber nicht schade, wenn es sich um Verlustabwendung handele.[11] Natürlich muß er außerdem entschuldbar sein. Dies hat Papinian zwar nicht ausdrücklich gesagt, es lag aber nicht in seiner Art, Derartiges hervorzuheben. Er wollte das alte starre Dogma abschwächen, welches die Berücksichtigung von Rechtsirrtum ausschloß. Davon konnte keine Rede sein, daß Papinian leichtsinnigem Rechtsirrtum die Bahn frei geben wollte. Leichtsinn und Gedankenlosigkeit entschuldigen nicht einmal faktischen Irrtum.

Hiernach ist das Ergebnis der Entwicklung folgendes: Nur entschuldbarer Irrtum wird berücksichtigt. Rechtsirrtum erscheint zwar an sich als unentschuldbar, kann aber entschuldbar sein und hindert dann den Verlust. Rechtsirrtum soll — ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit — die ordentliche Ersitzung und den Eigentumserwerb des gutgläubigen Besitzers an den Früchten fremder Objekte nicht begründen, da dies Erwerbsfälle sind.

---

8) l. 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum . . . non opinionem cujus et resupinam existimationem (prod) esse oporteat: ne melioris condicionis sint stulti quam periti, l. 6 D. de juris et facti ignorantia 22, 6.

9) l. 9 § 3 D. h. t. 22, 6.

10) Die bezüglichen Bestimmungen sind antiquiert. Vgl. über dieselben Hufeland, Geist des römischen Rechts Bd. 1 S. 231 ff.: „Über die Wirkungen der Unkunde des Rechts in Ansehung bestimmter Menschenklassen."

11) l. 7 D. h. t. Papinianus libro 19 quaestionum: Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet, l. 8 D. eod. Idem libro 1 definitionum: Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: . . . ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet. Also: tatsächlicher Irrtum soll in bezug auf Verlust oder Erwerb nicht schaden — natürlich nur, wenn er entschuldbar ist; Rechtsirrtum soll bei Verlust nicht schaden, natürlich auch nur, wenn er entschuldbar ist. So Vangerow Bd. 1 § 83 V, welcher vielleicht um deswillen keinen Anklang fand, weil er den historischen Hintergrund des Ausspruches Papinians nicht beachtete. Mit Papinians Distinktion stimmt l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 32 ad Sabinum: Numquam in usucapionibus juris error possessori prodest. Die Ersitzung ist der hauptsächliche Vorteil, an den Papinian denken mochte; ein anderer ist der Fruchterwerb.

II. Zeit.

§ 76. Zivilkomputation und Naturalkomputation.[1]

1. Gesetze, Erlasse von Behörden, Rechtsgeschäfte treffen häufig Zeitbestimmungen nach Jahren, Monaten, Wochen[2] oder Tagen; hierbei wird selten vorgesehen, wie bei der Berechnung dieser Zeiträume zu verfahren sei. Zur Aushilfe haben sich allgemeine Regeln gebildet, die sich an den Kalender und die Verkehrsgewohnheiten anschließen.[3]

a) Das Einfachste scheint zu sein, von dem *Augenblicke* an, in welchen das Anfangsereignis fällt, zu zählen, bis die Zahl erfüllt ist. Diese Berechnung nennt man die *natürliche* Zeitrechnung — *naturalis computatio* — oder computatio a momento ad momentum.

b) Dem Rechte ist sie jedoch für die Regel fremd. Dasselbe berechnet vielmehr Zeiträume nach *ganzen Tagen*[4] — in dies — der Art, daß der Kalendertag von Mitternacht zu Mitternacht als *ein* Zeitpunkt gilt,[5]

---

1) Savigny Bd. 4 S. 320 ff. Dort findet sich die ältere Literatur. Siehe ferner Bachofen in Lindes Zeitschrift Bd. 18 n. 2 und 11, Hölder, die Theorie der Zeitrechnung nach römischem Recht 1873, Münchener Rektoratsrede von Brinz über die Zeit im Recht 1882, Bekker Bd. 2 S. 38, A. Schneider, zur Berechnung der Fristen im röm. R., Züricher Festg. f. Dernburg, 1900, und hiergegen Hölder, zur römischen Zeitberechnung, Zeitschr. der Sav.-Stiftg. rom. Abt. Bd. 21 S. 62, gegen ihn wieder Schneider, in derf. Zeitschr. Bd. 22 S. 144; vgl. auch Bilfinger, d. bürgerliche Tag im klassischen Altertum und Mittelalter 1888 und hierüber Hölder, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 33 S. 321. — BGB. §§ 186 ff. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 §§ 104, 105.

2) Jahr, Monat, Woche nennt man das *Kalenderjahr* usf., wenn sie von den im Kalender festgestellten Anfangstagen laufen, *beweglich*, wenn sie von anderen Anfangszeiten zu rechnen sind. Der *Kalendertag* beginnt um 12 Uhr nachts, der *bewegliche* Tag beträgt 24 Stunden von irgend einem anderen Ausgangspunkte an.

3) Der Kalender der europäischen Nationen ist der römische. Bis auf Julius Caesar hatte das offizielle römische Jahr 355 Tage. Die Differenz mit dem Sonnenjahre suchte man durch Einfügung eines Schaltmonates von 27 Tagen zwischen Februar und März auszugleichen. Die Einschaltung geschah ein um das andere Jahr; den Februar verkürzte man im Schaltjahr bald auf 23, bald auf 24 Tage. Mommsen, römische Chronologie 2. Ausgabe S. 18 ff. Des Schaltmonats gedenkt noch Celsus in der l. 98 §§ 1, 2 D. de V. S. 50, 16, wo er ihn freilich auf 28 Tage setzt. Der Schaltmonat galt rechtlich als *ein* Zeitmoment. — Julius Caesar führte den noch jetzt geltenden Kalender ein, nach welchem das Jahr 365 Tage zählt und je im 4. Jahre ein Schalttag eingefügt wird. Es war aber ein Mangel des Julianischen Kalenders, daß er das Sonnenjahr gleich 365 Tagen und 6 Stunden annahm, während dasselbe in der Tat nur 365 Tage 5 Stunden 48' 48" zählt. Den Fehler verbesserte Papst Gregor XIII. im Jahre 1581. Damals wurden 10 Tage ausgemerzt, für die Folgezeit aber die Weglassung von je 3 Einschaltungen in je 400 Jahren angeordnet. Der Gregorianische Kalender erlangte nach und nach in den Staaten der christlichen Welt Anerkennung: Rußland und andere der griechischen Kirche angehörige Staaten halten aber an dem Julianischen Kalender — dem sog. alten Stil — fest, welcher jetzt (im 20. Jahrhundert) um 13 Tage hinter dem Gregorianischen zurück ist.

4) l. 8 D. de feriis 2, 12.

5) Die römische Stundeneinteilung schloß sich an Tag und Nacht an. Man zählte 12 Tagesstunden von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang und 12 Nachtstunden von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang. Demgemäß fiel die Mitternacht mit der Vollendung der hora sexta noctis und der Mittag mit der Vollendung der hora sexta diei zusammen.

kleinere Zeitteile aber nicht berücksichtigt werden. Man nennt diese Berechnung die bürgerliche — computatio civilis.[6]

Die bürgerliche Berechnung scheint ungenau und unvollkommen. Dennoch ist sie wohlberechtigt. Denn der Augenblick, in welchem sich ein rechtlich erhebliches Ereignis vollzieht, z. B. der Erwerb des Besitzes einer Sache, deren Ersitzung nach Jahren in Frage kommt, läßt sich in der Folgezeit oft nicht mit Sicherheit ermitteln. Jedenfalls stünde die Mühe der Ermittlung nicht im Verhältnisse zum Resultat. Denn ob ein paar Stunden mehr oder weniger zu laufen haben, hat für das Allgemeine keine Bedeutung; es genügt, daß die Berechnung gleichförmig und sicher ist.

2. Die natürliche Berechnung muß da eintreten, wo nicht ein Zeitraum, sondern ein Zeitpunkt in Frage steht.[7] Daher entscheidet der Moment über die Priorität der Geburt oder des Todes zweier Menschen. Das gleiche gilt für die Frage der Priorität dinglicher Rechte. Pfandrechte z. B. an derselben Sache von demselben Tage, aber aus verschiedenen Stunden, ordnen sich untereinander nach der Folge der Stunden.[8]

§ 77. Die Zivilkomputation im einzelnen.

Die Zivilkomputation beruht auf Zweckmäßigkeit. Eine gewisse Willkür liegt aber in ihr. Es eröffnen sich zwei Wege, um sie durchzuführen, die an sich gleichwertig sind. Man kann nämlich den Tag, in dessen Lauf das Anfangsereignis fällt, mitzählen, oder man kann ihn fortlassen. Welchen Weg man einschlägt, ist Sache der Gewohnheit.

Die Zivilkomputation nahm als positive Rechtsbildung in Rom eine andere Gestalt an, als den deutschen Verkehrsanschauungen und den deutschen Reichsgesetzen entspricht.

I. Die Römer lösten die Zeiträume in Tage auf. Die Jahresfrist betrug 365 Tage;[1] die Monatsfrist galt gleich 30 Tagen.[2]

---

6) In den römischen Quellen wird die Naturalkomputation vorgeschrieben bei Berechnung der Minderjährigkeit, um dem Minderjährigen die Wohltat der restitutio in integrum nicht zu verkürzen, l. 3 § 3 D. de minor. 4, 4. Diese Ausnahme besteht gemeinrechtlich nicht mehr; vgl. unsere fünf ersten Auflagen, ferner Hölder, Zeitschr. der Sav.-Stiftg. rom. Abt. Bd. 21 S. 68 ff.

7) Ist für die Vornahme einer Handlung ein Zeitraum festgestellt, so liegt eine Frist vor, ist für sie ein gewisser Zeitpunkt bestimmt, ein Termin.

8) Allerdings nimmt Marcian libro singulari ad formulam hypothecariam l. 16 § 8 D. de pignoribus 20, 1 gleiche Berechtigung der Pfandgläubiger an, „si eodem die pignus utrique datum est separatim". Allein, er unterstellt hierbei, daß nur der Tag, nicht die Stunde der Pfandbestellung bekannt sei. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 408.

1) l. 134 D. de V. S. 50, 16, l. 51 § 2 D. ad leg. Aquiliam 9, 2, l. 4 § 5 D. de statuliberis 40, 7.

2) Es ergibt sich dies indirekt daraus, daß die Ausdrücke 30, 60 Tage usf. als identisch mit 1 oder 2 Monaten genommen werden. So l. 12 § 6, l. 30 § 5 D. ad leg. Juliam de adulter. 48, 5, ferner l. 22 §§ 2, 2a und l. 11 C. de jure deliberandi 6, 30. Auch die Frist von 2 Monaten, welche die l. 28 D. de aedil. edicto 21, 1 für die dort erwähnte Redhibition angibt, ist von der Frist von 60 Tagen für die in l. 31 §§ 22, 23 behandelte Redhibition gewiß nicht verschieden.

Der Schalttag — bissextum —, d. h. nach römischem Kalender der im Schaltjahre eingeschobene 25. Februar erfuhr eine besondere Behandlung. Er galt als ein Tag mit dem 24. Februar.[3] Bei nichtgesetzlichen, in Tagen angesetzten Fristen wurde er jedoch als besonderer Tag gezählt.[4]

Die Römer sahen ferner als ersten den Tag an, in welchen das Anfangsereignis fiel. Hiernach vollendete sich eine Jahresfrist, deren Anfang dem 1. Januar — kalendis Januariis — angehörte, mit dem 31. Dezember — pridie kalendas Januarias.[5] Ja man erachtete in der Kaiserzeit, wenn es sich um den Erwerb einer Fähigkeit oder eines Rechts handelte, den Beginn des letzten Tages als genügend — dies coeptus pro completo habetur. Der am 1. Januar Geborene wurde beispielsweise bereits mit dem Beginne des 31. Dezember, d. h. in der Mitternacht vom 30. auf den 31. testamentsmündig. Diese Abkürzung, bei der ein laxes Billigkeitsgefühl mitspielte, erklärt sich daraus, daß die Zivilkomputation etwas Künstliches ist, so daß einer gewissen Willkür Raum blieb.

Wo es sich um einen Rechtsverlust mit Ablauf der Zeit handelte, trat eine derartige Verkürzung nicht ein. Hierhin gehört die erlöschende Verjährung.[6]

II. Der heutige Verkehr berechnet Jahres-, Monats- und Wochenfristen nach der Kalenderzeit von Datum zu Datum. Es bedarf keiner Zählung der einzelnen Tage. Der Kalender präsentiert ohne weiteres den wiederkehrenden Tag. Denn derjenige Tag ist als der abschließende

---

3) l. 3 § 3 D. de minor. 4, 4, l. 98 D. de V. S. 50, 16.

4) l. 2 D. de div. temp. praescr. 44, 3. Marcellus libro 6 digestorum: In tempore constituto judicatis an intercalaris dies proficere judicato nec ne debeat, quaeritur. item de tempore, quo lis perit, sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit questio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones. et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori. (Scaevola notat, ins. Mommsen) mihi contra videtur. Problematisch ist, ob der Schlußsatz auch auf gesetzliche, nach Tagen bestimmte Fristen zu beziehen ist. Da die Nichtrechnung des Schalttages bei den Römern die Regel war, so ist dies nicht anzunehmen. Nur bei Tagesfristen, die durch Vertrag oder obrigkeitliche Verfügung festgesetzt sind, war also der Schalttag besonders zu zählen. Der Schalttag wurde aber gezählt bei der Bemessung der Schwangerschaftsperiode. Denn hier handelte es sich nicht um eine positive gesetzliche Frist, sondern um eine auf einen Naturvorgang gegründete Präsumtion.

5) So auch Hölder, Zeitberechnung S. 24, Regelsberger Bd. 1 § 125. Dagegen legt Savigny Bd. 4 § 182 den Endpunkt auf den Ablauf des wiederkehrenden Kalendertages. Mit den Quellen ist dies unvereinbar. Nach l. 1 pr. D. de manum. 40, 1 ist der kalendis Januariis Geborene — nach 20 Jahren — befugt, „post sextam noctis", „pridie kalendas" zu manumittieren, also am 31. Dezember und sicher nicht erst am 1. Januar. Desgleichen kann ein am 1. Januar Geborener gemäß l. 5 D. qui test. 28, 1 — nach 14 oder 12 Jahren — „pridie kalendarum" „post sextam horam noctis" ein Testament machen.

6) Paulus libro 4 ad Sabinum l. 6 D. de obl. et act. 44, 7. In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem l. 1 § 9 D. de successorio edicto 38, 9.

anzusehen, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, in welchem das Anfangsereignis geschah. Fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so fällt das Ende auf den letzten Tag dieses Monats.

Die Berechnung nach der Kalenderzeit wird von den Reichsgesetzen vorgeschrieben [7] und da sie den Auffassungen des heutigen Verkehrs entspricht, so ist sie im Zweifel bei allen neueren Gesetzen, [8] sowie bei Rechtsgeschäften und bei obrigkeitlichen Verfügungen zur Anwendung zu bringen.

Der halbe Monat wird gleich 15 Tagen gerechnet. [9]

Fristen, welche in Tagen angesetzt werden, sind nach heutigem Gebrauch volle und freie, d. h. der Tag des Anfangsereignisses ist nicht mitzurechnen. [10] Der Schalttag wird bei Tagesfristen, die durch Vertrag oder Verfügung von Behörden angesetzt sind, als besonderer Tag gezählt. [11]

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen sollen die Geschäfte ruhen. [12] Daher verlegen sich Termine auf den folgenden Werkeltag und Fristen schließen erst mit demselben. [13]

§ 78. Tempus continuum und utile.

I. Ist vom Gesetz oder auch durch Rechtsgeschäft für die Vornahme einer Handlung ein Zeitabschnitt festgestellt, so ist fast wichtiger als die Zahl der Jahre, Monate, Tage die Frage, von wannen die Zählung beginnt und was sie hemmt.

Der Lauf beginnt meist dann, wenn die generellen objektiven Voraussetzungen der Vornahme der Handlung vorhanden und setzt sich fort, solange dieselben gegeben sind. Eine solche Berechnung ist eine ununterbrochene — continuum tempus. Das gilt z. B. wenn eine Klageverjährung schlechthin von der Entstehung des Klagerechts an läuft oder eine Frist für eine Erbschaftsantretung unmittelbar von dem Tode des Erblassers an zu zählen ist. [1]

II. Nach römischem Recht vertagen in gewissen Fällen die in der besondern Sachlage begründeten Hindernisse der Vornahme einer Handlung den Beginn oder auch den Lauf des Zeitabschnitts; dann ist die Berechnung der Zeit „utilis“. [2]

Behinderungsgründe solcher Art bildeten:

---

7) Vgl. BGB. § 188, WO. Art. 32, StrGB. § 19 Abs. 1, ZPO. § 222 Abs. 1, FGG. § 17 Abs. 1.

8) Vgl. RG. Bd. 7 S. 277, Bd. 11 S. 44 und Anm. des Einf.

9) BGB. § 189.

10) BGB. § 187, WO. Art. 32.

11) Vgl. oben Anm. 5.

12) l. 2, l. 3 C. de feriis 2, 12.

13) BGB. § 193, ZPO. § 222 Abs. 2.

1) Es kann jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eintreten. Solche gibt beispielsweise ZPO. § 233 Abs. 1 dem, welcher durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert wurde, eine prozessualische Notfrist zu wahren.

2) Ubbelohde, Berechnung des tempus der prätorischen Temporalklagen 1891.

a) Unzugänglichkeit des Gerichts, bei welchem die Handlung zu geschehen hat.[3]

b) Umstände, welche den Berechtigten sowohl an der persönlichen Vornahme der Handlung, als auch an der Bestellung eines Vertreters hindern, z. B. Gefangenschaft, schwere Krankheit.

c) Nichtauffindbarkeit dessen, dem gegenüber eine Erklärung z. B. eine außergerichtliche, abzugeben war.

d) Endlich auch entschuldbare Nichtkenntnis des Berechtigten davon, daß ihm eine bestimmte Zeit für die fragliche Handlung läuft.

Diese Behinderungsgründe hemmen zuweilen nur den Beginn des Zeitabschnittes. So ist es bei der utilen Berechnung der Verjährung der prätorischen sowie der ädilizischen Klagen.

Zuweilen stehen sie auch der Fortsetzung des Laufes des Zeitabschnittes entgegen. Insbesondere berechneten die Römer die Frist für die Agnoszierung einer bonorum possessio so, daß die einzelnen Tage, an welchen Hinderungsgründe für dieselbe bestanden, nicht mitgezählt wurden.[4]

Schon im gemeinen Rechte hat die utile Berechnung sehr an Bedeutung verloren[5], im BGB. kommt sie nicht mehr vor.

Eine utile Berechnung hat zuweilen auch nach dem Wortlaut oder nach dem Sinn vertragsmäßiger Fristen einzutreten.

Drittes Kapitel.

Die Rechtsgeschäfte.[1][2]

I. Begriff. Arten.

§ 79. Begriff des Rechtsgeschäftes.

1. Die menschliche Tätigkeit bewegt sich vielfach im Abschlusse und in der Auflösung von Rechtsgeschäften. Einige dieser Geschäfte gehören dem täglichen Leben an, wie Kauf, Dienstmiete, Sachenmiete; andere sind zwar

3) l. 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

4) l. 2 pr. D. quis ordo 38, 15 Ulp. libro 49 ad edictum: Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum: ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere.

5) Schon im späteren römischen Rechte wurde der annus utilis der Restitutionsfrist in ein quadriennium continuum verwandelt; desgleichen die ältere utile Appellationsfrist in zehn fortlaufend zu berechnende Tage. Im gemeinen Rechte war der Erwerb der bonorum possessio nicht mehr an eine Frist gebunden. Es wurden auch sonst zahlreiche Institute, bei denen in Rom utile Fristen und Verjährungen vorkamen, nicht rezipiert.

1) Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877, Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 12, Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1889, Zitelmann, die Rechtsgeschäfte in den Beitr. zum Entwurf von Bekker u. Fischer n. 7 u. 8, Manigk, das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 1901. Vgl. von dem-

seltenere aber wichtigere Aktionen, wie die Testamentserrichtung, die Erbschaftsantretung; einen Lebensabschnitt bildet die Eheschließung, die Kindesannahme.

Jede der unzähligen Arten von Geschäften steht unter besonderen, ihrer Eigenart angepaßten Regeln. Aber wir ordnen sie sämtlich dem einen allgemeinen Begriffe des Rechtsgeschäftes unter und entwickeln an demselben Rechtsgrundsätze, die allen Geschäften oder doch größeren Gruppen derselben zukommen. *Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen zur Ordnung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden.*[3]

Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist ein Erzeugnis der modernen Systematik.[4] In neuester Zeit haben sich einige gegen die innere Berechtigung des Begriffes erklärt.[5] Nur die einzelnen *Arten* der Geschäfte, wie sie im Leben vorkommen, seien in Betracht zu ziehen, *gemeinsame Sätze* dürfen *nicht* für sie aufgestellt werden, da sie untereinander von Grund aus verschieden seien. Dieser Widerspruch ist unberechtigt. Bei aller Verschiedenheit im einzelnen besteht eine tiefgehende Gemeinsamkeit. Denn das Rechtsgeschäft ist ein universelles Mittel der privatrechtlichen Selbstbestimmung. Daher sind auch den Rechtsgeschäften wichtige Grundsätze bezüglich der Handlungsfähigkeit, des Willens und seiner Erklärung, sowie der Anfechtung gemeinsam.

Das Rechtsgeschäft dient der *privatrechtlichen Selbstbestimmung*. Dies gibt dem Begriffe seine festen Grenzen.[6] Rechtsge-

selben Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung im BGB. Berlin 1907; ferner Kohler, Patentrecht S. 58 ff.; Isay, die Willenserklärung im Tatbestande der Rechtsgeschäfte; Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, kritisches und dogmengeschichtl. 1908.

2) Die gemeinrechtliche Lehre der Rechtsgeschäfte bestimmt auch das Recht des BGB. § 116 ff., Dernburg, Bürg. R. Bd. 1 §§ 106 ff.

3) Über verschiedene Definitionen vgl. Windscheid Bd. 1 § 69 Anm. 1, Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 264.

4) Die Römer haben einen entsprechenden technischen Ausdruck nicht gehabt. Das Bedürfnis der Generalisierung trat aber auch in Rom hervor. Man verwertete den Ausdruck negotium § 8 J. de inut. stip. 3, 19. Doch bezeichnet derselbe im weiteren Sinne auch eine Tätigkeit faktischer Natur sowie Prozeßhandlungen, im engeren Sinne die Prozeßführung allein, vgl. oben § 36 Anm. 4. Auch die Worte der prätorischen Edikte „quod gestum erit" generalisieren in ähnlicher Art, wie dies durch den Ausdruck Rechtsgeschäft geschieht. l. 1 pr. D. quod metus causa 4, 2, l. 1 § 1 D. de minoribus 4, 4, l. 1 pr. D. quae fraudationis causa 42, 8. Über den Begriff des gestum siehe l. 1 §§ 2 ff. D. eod. 42, 8. Über die Entstehung des Wortes und des Begriffes Rechtsgeschäft vgl. Pernice in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 467 ff. Im vorigen Jahrhundert sprach man von actus juridici. Nicht unwahrscheinlich ist, daß actus legitimi in l. 77 D. de R. J. 50, 17 denselben Sinn hatte, vgl. Enneccerus S. 24 ff.

5) Am entschiedensten geschah dies durch Schloßmann, Vertrag 1876 S. 129 ff. Ihm gilt der Begriff des Rechtsgeschäftes als „wissenschaftlich wertlos", siehe auch Schloßmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 543. Dagegen hat die herrschende Systematik Verteidiger in Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 238 ff. und Pernice in Grünhuts Zeitschrift a. a. O. S. 465 ff. gefunden.

6) Manche suchen den Begriff des Rechtsgeschäftes aus der Bezeichnung zu dedu-

schäfte sind Willenserklärungen, welche auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind, ohne Unterschied, ob sie durch die Erklärung allein oder in Verbindung mit anderen Tatsachen erfolgt, z. B. die Zahlung einer Schuld, die Okkupation herrenloser Sachen, etwa des erlegten Wildes durch den Jäger; es kommt auch nicht darauf an, ob dem Handelnden der Rechtseffekt seiner Handlung zum Bewußtsein kommt.[7] Dagegen sind obrigkeitliche Verfügungen, insbesondere Urteile, keine Rechtsgeschäfte.[8]

2. Der Wille des Privaten bestimmt das Rechtsgeschäft. Damit ist nicht gemeint, daß Laune, Willkür, Eigensinn herrschen sollen. Dergleichen spielt im Privatrecht nur ausnahmsweise eine Rolle, denn durchschnittlich wird der rechtsgeschäftliche Wille durch wirtschaftliche Bedürfnisse und die Lebensverhältnisse hervorgerufen, und auf Abwägung aller einschlagenden Momente, insbesondere des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, sowie des Maßes der eigenen Leistungsfähigkeit gebaut; ein mächtiger Regulator ist das Interesse des Handelnden.[9]

Neuerdings wird der unmittelbare Rapport zwischen Willen und Rechtseffekt von manchen Schriftstellern energisch in Abrede gestellt. Und unbedingt ist zuzugestehen, daß häufig die schließlichen Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes andere sind, als der Handelnde erwartete. Man verkauft z. B. ein Pferd, welches man für gesund hält, während es den verborgenen Keim einer schweren Krankheit in sich trägt, die nach dem Verkauf ausbricht; der Verkäufer haftet gemäß den ädilizischen Klagen. Auf seinen Willen kann dies nicht zurückgeführt werden, da der Gedanke eines Fehlers der Sache ganz außerhalb seiner Vorstellung lag. Hieraus hat man gefolgert, daß nur die Abgabe der Willenserklärung von dem Entschlusse des Erklärenden abhängig sei; dagegen träten die Folgen der Erklärung unabwendbar vi legis ein, ohne Rücksicht darauf, ob sie der Erklärende wollte oder nicht.[10]

---

zieren, vgl. Arndts § 63 Anm. 1. Aber das Wort „Rechtsgeschäft" ist farblos und unpräzis. Wir müssen auf innere Kriterien zurückgehen.

7) Ob eine rechtlich geschützte „Erfindung" Rechtsgeschäft ist, darüber vgl. Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 S. 287. Erwerb durch „Ersitzung" beruht nicht auf Willenserklärung, bildet also kein Rechtsgeschäft. Bloß tatsächliche Mitteilungen, z. B. der Ankunft einer zugesendeten Ware, bilden keine Rechtsgeschäfte, auch wenn sich rechtliche Folgen an sie knüpfen. Zitelmann, Rechtsgeschäfte, I. Teil S. 33: Vorstellungsmitteilungen.

8) Dagegen Brinz Bd. 4 § 522 Anm. 19.

9) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 77.

10) Lotmar, über causa 1875 S. 15, führte zuerst aus, „weil die Willensäußerung Rechtsfolgen hat durch das Recht, ist das Wollen der Rechtsfolgen durch den Handelnden gleichgültig". Seitdem traten sich zwei Auffassungen gegenüber. Die eine Ansicht knüpft die Folge des Rechtsgeschäfts an die Rechtsordnung und keineswegs an den Willen der Beteiligten. Diese setzen nach ihr nur durch ihre Erklärung die Rechtsordnung in Bewegung, sie geben ihr gleichsam mechanisch den Anstoß. Solche Gedanken vertritt namentlich Thon, Rechtsnorm S. 371. Im wesentlichen hat sich ihm Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 18 S. 134 ff. in lebendiger und eindringlicher Ausführung angeschlossen. Früher hatte sich Kohler in denselben Jahrbüchern Bd. 16 S. 106 zu-

Eine zwar richtige Beobachtung hat hier zu Schlüssen geführt, welche weit von der Wahrheit abführen.

Die Frage ist, welcher Rechtseffekt ist Produkt des Willens? Hierauf ist zu antworten: die Begründung, Aufhebung, Veränderung eines Rechtsverhältnisses. Ich will Erbe werden und ich werde es; ich schließe einen Kaufvertrag und werde Käufer, Verkäufer. Der Rapport zwischen dem Willen und diesem Rechtseffekt ist ein offensichtlicher. Welche Wirkung aber dann weiter das einmal begründete Rechtsverhältnis hat, darüber entscheidet nicht ausschließlich der Wille dessen, der es hervorrief, dies normiert vielmehr die Rechtsordnung, welche den Willen des Handelnden wohl bis zu einem gewissen Grade berücksichtigt, aber ihn hierüber nicht schlechthin bestimmen läßt. Ist man also Erbe geworden, so ist man es mit den Rechten und Pflichten, welche sich nach der Rechtsordnung ergaben, nicht mit den Folgen, die man erhoffte.

3. Rechtsverhältnisse kann man nicht nach subjektiven Einfällen schaffen, das Rechtsleben bewegt sich vielmehr in bestimmten typischen Arten von Geschäften.

Die größte Gebundenheit findet sich in dieser Hinsicht auf dem Gebiete des Familienrechts. Für die Geschlechtsverbindung besteht nur die Rechtsform der Ehe, eine andere Form ist nicht zulässig. Adoptieren kann man jemanden nur als Kind, nicht als Bruder.[11] — Mehr Spielraum bietet das Vermögensrecht. Doch kennt das römische Recht nur vier Arten von dinglichen Rechten an fremden Sachen, nämlich Servituten, Superfizies, Emphyteusis und Pfandrecht; erst das deutsche Recht hat den Kreis erweitert. Die größte Bewegungsfreiheit hat die individuelle Bestimmung auf dem Gebiete des Obligationenrechts. Nach allgemeinem Rechte sind alle obligatorischen Verträge klagbar, die sich innerhalb der allgemeinen Schranken der Rechtsgeschäfte halten. Daher sind auch solche obligatorische Geschäfte möglich, welche nicht unter die hergebrachten Geschäftstypen fallen; es können sich stets neue Arten von Obligationen bilden.[12]

4. Die allgemeinen Erfordernisse des gültigen Rechtsgeschäftes sind:

a) der Wille der Beteiligten,

---

treffend dahin geäußert, „der rechtliche Wille hat sich nur zu erstrecken bis auf das Rechtsinstitut, die Folgen desselben treten ein nach Art eines Naturphänomens". Gegen Thon hat sich u. a. Pernice a. a. O. S. 474 erklärt; ferner Zitelmann, Irrtum S. 237, Bruns in den Pandektenfragmenten, kleine Schriften Bd. 2 S. 454, Enneccerus a. a. O. S. 76, RG. Bd. 28 S. 18. Zu weit geht es, wenn Bruns mit der herrschenden Ansicht daran festhält, daß, „wer eine Mietsobligation will, implizite alle Folgen wolle, die das Recht mit derselben verbinde". Dies heißt das Recht im objektiven Sinne auf den Willen der Kontrahenten zurückführen und bildet, wie mehrfach von den Gegnern der herrschenden Ansicht hervorgehoben wird, nur eine Fiktion. Vermittelnd ist Bülow im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 87 ff., Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 S. 73 ff., Manigk S. 79. Eine Übersicht gibt neuerdings Lotmar bei Brinz Bd. 4 § 524.

11) l. 7 C. de hered. inst. 6, 24.

12) So auch BGB.

b) Erklärung dieses Willens in gehöriger Form,
c) Handlungsfähigkeit der Beteiligten und die besondere Fähigkeit zu dem bezüglichen Geschäfte,
d) Einhalten der Schranken der Rechtsordnung.

5. Man unterscheidet gültige, nichtige und entkräftbare Rechtsgeschäfte. Gültig sind die Rechtsgeschäfte, wenn sie das beabsichtigte Rechtsverhältnis herstellen; nichtig, wenn sie die Kraft hierzu nicht haben; entkräftbar, wenn sie das Rechtsverhältnis zwar begründen, dieses aber in seiner Wirkung gehemmt werden kann.[13]

6. Der Ausdruck Rechtsgeschäft hat eine doppelte Bedeutung. Er bezeichnet einmal die Willenserklärung und dann das durch die Erklärung geschaffene Verhältnis.[14]

§ 80. Hauptarten der Rechtsgeschäfte.

1. Die Rechtsgeschäfte sind teils solche unter Lebenden — inter vivos — teils solche von Todes wegen — mortis causa.

Die Geschäfte von Todes wegen regeln die Verhältnisse des Verfügenden auf den Fall seines Todes. Ursprünglich war in Rom das einzige Geschäft von Todes wegen das Testament, d. h. die Einsetzung eines Erben, des Nachfolgers in das Gesamtvermögen. Seit der Kaiserzeit erkannte man auch Kodizille an, d. h. letztwillige Einzelverfügungen. Testamente und Kodizille beruhen auf einer besonders bestimmten Handlungsfähigkeit, der testamenti factio, und haben eine eigenartige Gestaltung. Ihnen gesellten sich die Schenkungen von Todes wegen hinzu.

Geschäfte unter Lebenden bilden Willenserklärungen, welche nicht den Zweck haben, die Verhältnisse des Verfügenden für den Fall seines Todes zu ordnen.[1]

2. Die Rechtsgeschäfte sind einseitige, wenn sie in der Willenserklärung einer Person bestehen, zweiseitige, wenn sie den zusammenstimmenden Willen zweier oder mehrerer fordern.

13) Im engeren Sinne sind Rechtsgeschäfte nur die gültigen. l. 2 § 1 D. quemadmodum test. aper. 29, 3, l. 24 D. de statu liberis 40, 7. Windscheid Bd. 1 § 69 Anm. 1 d.

14) Karlowa, Rechtsgeschäft S. 161.

1) Die Unterscheidung von Geschäften mortis causa und inter vivos findet sich in den Quellen bei Schenkungen l. 25 pr. D. de inoff. test. 5, 2 und bei Manumissionen l. 1 pr. D. de adsign. libertis 38, 4 hervorgehoben, vgl. auch l. 67 § 1 D. de V. S. 50, 16. — Charakteristisch für das Geschäft von Todes wegen ist, daß es eine Verfügung über den Nachlaß enthält. Es genügt nicht, daß es sich um ein Geschäft handelt, welches sich erst mit dem Tode des Verfügenden verwirklichen soll. So ist z. B. die Obligation, wonach eine Summe bei meinem Tode an meinen Erben zu zahlen ist, kein Geschäft von Todes wegen, ebensowenig auch ist dies die Lebensversicherung. Der Begriff des Geschäftes von Todes wegen ist weiter als derjenige der letztwilligen Verfügung. Ein Erbvertrag insbesondere ist ein Geschäft von Todes wegen; er ist aber keine letztwillige Verfügung, weil der Wille zur Zeit des Vertragsschlusses und nicht ein etwaiger späterer letzter Wille das Maßgebende ist.

Die hauptsächlichen Geschäfte von Todes wegen, Testament und Kodizill, sind einseitige. Denn sie werden durch den Erblasser einseitig geschaffen, und die Zustimmung der letztwillig Bedachten ist für ihr Zustandekommen nicht notwendig. Allerdings tritt an die Honorierten nach dem Tode des Erblassers die Frage heran, ob sie die Zuwendung wollen; aber die Erklärung hierüber ist wiederum ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft, kein Teil des Testieraktes. Zweiseitige Geschäfte auf den Todesfall sind Schenkungen von Todes wegen.[2]

Geschäfte unter Lebenden sind überwiegend zweiseitige oder Verträge.

Einseitige Geschäfte unter Lebenden sind namentlich Willenskundgebungen, die sich dadurch vollziehen, daß sie dem anderen Teil zukommen. Einige derselben sind zur Vorbereitung von Geschäften bestimmt, wie Vollmachten, bindende Offerten, andere dienen deren Fortführung, wie Kündigungen, Mahnungen.

Zweiseitige Geschäfte oder Verträge fordern die zusammenstimmende Erklärung zweier Teile, die sich hierdurch gegenseitig zur Begründung, Veränderung, Bestärkung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses verbinden.[3] Erforderlich ist Begehren des einen und Bewilligen des anderen Teiles. Es kommt nichts darauf an, ob die Initiative von dem ausgeht, welcher die Rechtsveränderung begehrt, oder von dem, welcher sie bewilligt.

Ein besonders wichtiger Vertrag ist der obligatorische, d. h. auf die Begründung einer Obligation gerichtete. Aber Verträge begründen auch dingliche Rechte — dingliche Verträge. Auf Verträgen beruhen auch familienrechtliche Geschäfte, insbesondere die Ehe und die Kindesannahme. Die Verträge sind teils einseitige, teils zweiseitige. Bei dem einseitigen belastet sich nur der eine Paziszent, bei den zweiseitigen Verträgen belasten sich beide Paziszenten. Ein einseitiger Vertrag ist die Schenkung, zweiseitige Verträge sind Kauf und Miete.

Die Schenkung ist ein zweiseitiges Geschäft; denn sie fordert Angebot seitens des Schenkers und Annahme seitens des Beschenkten. Aber sie ist ein einseitiger Vertrag, denn sie bindet nur den Schenker, nicht den Beschenkten.

3. Geschäfte, welche eine Vermögenszuwendung enthalten, sind für denjenigen, welchem sie geschieht, onerose — lästige — oder lukrative — freigebige. — Oneros sind sie, wenn er die Zuwendung durch eine

2) Nach gemeinem Recht und BGB. auch Erbverträge.

3) l. 1 § 1 D. de pactis 2, 14. Ulpianus libro 4 ad edictum: Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. Vgl. l. 3 pr. D. de pollicitationibus 50, 12. Über consensus vgl. Leonhard, Irrtum S. 11 ff. Siehe ferner Bekker Bd. 2 S. 85. Natürlich können auf jeder Seite auch mehrere Personen stehen, vgl. darüber Kuntze, der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in den Festgaben für Müller 1892.

Gegenleistung zu erkaufen hat, lukrativ, wenn er sie unentgeltlich erhält.[4] Wir bezeichnen die onerosen Geschäfte, in denen sich der menschliche Verkehr bewegt, als Verkehrsgeschäfte.

II. Bestandteile des Rechtsgeschäftes.

§ 81. Die Essentialien des Geschäftes.

1. Hinsichtlich des Inhaltes der Geschäfte pflegt man zu unterscheiden:

a) Essentialia negotii sind die dem Geschäfte wesentlichen Bestandteile. Sie geben demselben seine Eigenart. Für das Kaufgeschäft ist z. B. essentiell die Einigung des Käufers und Verkäufers über Sache und Preis.

b) Naturalia sind Eigenschaften und Wirkungen eines Geschäftes, welche ihm in der Regel zukommen, die ihm aber nicht wesentlich sind, so daß sie von den Parteien ausgeschlossen werden können. Beispielsweise ist es ein Naturale des Kaufgeschäftes, daß der Verkäufer dem Käufer wegen verborgener Mängel der Kaufsache haftet. Durch Vereinbarung kann diese Haftung ausgeschlossen werden.

c) Accidentalia sind Bestimmungen, welche dem Geschäfte begrifflich nicht wesentlich sind, die auch nicht aus dessen Natur folgen, die ihm vielmehr im Einzelfalle besonders zugefügt sind. Beispiele bildet die Zufügung einer lex commissoria beim Kaufgeschäft, wonach der Kauf für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises rückgängig werden soll, sowie die Verabredung einer antichresis beim Pfandgeschäfte, kraft deren dem Pfandgläubiger die Nutzungen des Pfandes statt der Zinsen zukommen.

2. Soll ein Geschäft zustande kommen, so ist erforderlich die Regelung aller dem beabsichtigten Geschäfte seiner Art nach wesentlichen Punkte. Erforderlich ist ferner die Erledigung aller derjenigen Punkte, welche die Handelnden zur condicio sine qua non des Abschlusses machen. Bei Verträgen muß sich also die Einigung auf alle diese Punkte erstrecken. Solange dies nicht der Fall ist, hat das Geschäft keinen Bestand, wenn auch die Kontrahenten über die der Geschäftsart begrifflich wesentlichen Punkte zu einem Einverständnisse gelangten. Fordert also der eine Teil die Ausschließung gewisser naturalia negotii, z. B. die Befreiung von der Haftung für verborgene Mängel, oder die Zufügung gewisser accidentalia negotii, z. B. einer lex commissoria beim Kaufgeschäft, und geht der andere Teil hierauf nicht ein, so ist das Geschäft nicht perfekt.

Hiernach gibt es zwei Klassen von Essentialien, nämlich diejenigen

4) In den römischen Quellen wird nur erörtert, ob man ex causa lucrativa oder non ex causa lucrativa erwirbt, l. 17, l. 19 D. de obl. et act. 44, 7, l. 83 § 6 D. de verb. obl. 45, 1, l. 4 § 31 D. de doli mali exc. 44, 4.

der Geschäftsart und diejenigen des besonderen Willens der Handelnden.

Die Regelung der begrifflich wesentlichen Essentialien ist nach der Rechtsnorm erforderlich; die befriedigende Erledigung der anderen Punkte ist nach dem Entschluß der Beteiligten zum Zustandekommen des Geschäftes nötig.

§ 82. Beweggründe.[1]

Der Abschluß der Rechtsgeschäfte wird durch mancherlei Erwartungen der Beteiligten geleitet. Die Verwirklichung dieser Vorstellungen kann einen Geschäftsbestandteil bilden. Dies ist aber keineswegs immer der Fall. Ich schließe z. B. einen Gesellschaftsvertrag mit dem N., weil ich ihn für einen guten Geschäftsmann halte; die Gesellschaft ist bindend abgeschlossen, auch wenn er kaum mäßigen Anforderungen genügt. Ich nehme ein Darlehn auf in dem Glauben, eine vorzügliche Spekulation damit machen zu können; das Darlehengeschäft ist gültig, auch wenn sich die Spekulation nicht verwirklichen läßt.

Vorgedanken, welche den Abschluß veranlassen, deren Verwirklichung aber für das Geschäft nicht essentiell ist, nennt man Bewegungsgründe oder Motive.[2]

Das Kriterium ist also ein negatives. Über das Motiv hinaus geht alles, was entweder dem Geschäfte seinem Begriffe nach essentiell ist, oder was durch den Willen der Beteiligten zum Essentiale erhoben ist.

Hierfür ist eine ausdrückliche Hervorhebung keineswegs immer erfordert. Als essentiell für die Beteiligten ist vielmehr auch das zu erachten, was nach der Verkehrsanschauung im regelmäßigen Verlaufe der Dinge bei Geschäften solcher Art als wesentlich gilt. Es ist z. B. Regel des Verkehrs, daß eine Kreditzusage nur in der Meinung geschieht, daß der Kreditnehmer zahlungsfähig ist, und in der Erwartung, daß er zahlungsfähig bleibt. Hierin liegt daher im Zweifel eine stillschweigende Geschäftsbedingung, nicht bloßes Motiv. Wer insolvent wird, kann die Verwirklichung einer Kreditzusage nicht beanspruchen.[3]

Was bloß Motiv ist, ändert auch seinen Charakter dadurch nicht, daß es dem anderen Teile kundgetan ist. Kauft man z. B. Möbel zur Ausstattung seiner Tochter, so wird der Kauf nicht hinfällig, wenn die Hochzeit nicht zustande kommt, selbst wenn der Verkäufer den Zweck des Ankaufes kannte, und wenn ihn der Käufer beim Geschäftsschluß

1) Leonhard, Irrtum als Ursache nichtiger Verträge 2. Aufl. 1907, Klingmüller, der Begriff des Rechtsgrundes, 1901, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 110.

2) Pomponius libro 27 ad Quintum Mucium l. 52 D. de cond. indebiti 12, 6 unterscheidet folgendermaßen: damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.

3) ROHG. Bd. 23 S. 137.

genannt hat. Die Verheiratung der Tochter könnte ausdrücklich zur Bedingung des Geschäftes gemacht sein; von selbst versteht sich eine derartige Bedingung nicht. Denn den Verkäufer geht es nach der Verkehrsanschauung nichts an, was der Käufer mit der Kaufsache beginnen will.

Die Motive sind zwar ohne *selbständige* Bedeutung für die Rechtsgeschäfte, welche sie veranlaßten; kundgegebene Motive sind jedoch unter Umständen *für die Interpretation* des Geschäftes wichtig, welche sie herbeiführten.

§ 83. *Die Zwecke der Vermögenszuwendungen.*[1]

1. Zuwendungen aus unserem Vermögen können sich in verschiedener Rechtsform vollziehen; unter anderem geschehen sie durch Veräußerung von Sachen oder von Rechten, durch Verzicht auf Ansprüche, durch Übernahme von Verpflichtungen.

2. Vermögenszuwendungen sind nicht Selbstzweck. Sie bilden vielmehr bloß die Mittel zur Erreichung von Zwecken, welche ihren Grund — ihre causa[2] — ausmachen. Dieser Grund kann Erlangung eines *Gegenvorteiles* oder Erweisung einer *Freigebigkeit* sein. Der Gegenvorteil kann namentlich darin liegen, daß der Zuwendende eine Forderung gegen den Mitkontrahenten erwirbt — credendi causa — z. B. bei Hingabe einer Darlehnssumme; ferner darin, daß er seine Schulden tilgt — solvendi causa.[3] Der Grund kann auch in einem Vorteil bestehen, den man für Dritte erstrebt, mit deren Interessen man sich identifiziert. Die Erweisung einer Liberalität beruht auf der Schenkungsabsicht, vermöge deren man den Beschenkten auf seine Kosten bereichern will, — sie geschieht donandi causa. Eine *Vermögenszuwendung ohne Zweck* der einen oder anderen Art wäre ein sinn- und gedankenloses Handeln. Das Setzen von Zwecken bei solchen Zuwendungen ist also nichts Zufälliges, sondern im Wesen der Dinge begründet. Es ist eine psychologische Notwendigkeit. Das Ziel, welches das Geschäft nach der Vorstellung des

---

1) Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen 1840 S. 124, Gneist, die formellen Verträge des neueren Obligationenrechtes 1845 S. 124, Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 3, Bekker Bd. 2 S. 145, Klingmüller, an dem in § 82 Anm. 1 genannten Orte.

2) Die verschiedenen Bedeutungen, welche das Wort causa hat, stellt zusammen Voigt über die condictiones ob causam 1862 S. 1 ff., Klingmüller a. a. O. § 4. Die Neueren verwenden den Ausdruck vorzugsweise zur Bezeichnung des bestimmenden Zweckes der Vermögenszuwendungen. Hierin folgen wir ihnen.

3) Die causae solvendi, credendi, donandi sind bei weitem die häufigsten. Sie werden daher von den Römern mehrfach nebeneinander aufgeführt. So in der l. 67 (65) § 4 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 Maecianus libro 5 fideicommissorum . . . si jussu meo tradantur, cui ego ex fideicommisso aliave qua causa eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim, l. 49 D. de solut. 46, 3. Jene drei causae sind aber nicht die einzigen. Beispielsweise ist die Zahlung einer Summe, welche vom Erben geschieht, um eine ihm aufgelegte Bedingung der Erbeseinsetzung zu erfüllen — condicionis implendae causa datum — weder Zahlung einer Schuld, noch Obligationsbegründung, noch Schenkung. Vgl. Bekker a. a. O. S. 148.

Geschäftsschließenden erreichen soll, bildet dessen Zweck, causa im subjektiven Sinne. Von objektiver causa spricht man, wenn sich dieser Zweck verwirklicht.

3. Da die Vermögenszuwendung nur Mittel zur Erreichung des vorgesteckten Zweckes ist, so erscheint es als das Natürliche, daß sie nur im Falle der Verwirklichung dieses Zweckes eintritt. Dennoch wird nicht selten diese natürliche Abhängigkeit unterbrochen. Es geschieht dies aus Gründen der Nützlichkeit und insbesondere der Bequemlichkeit und Sicherheit des Verkehres.

Hieraus ergibt sich eine für das gesamte System des Vermögensrechts wichtige Unterscheidung. Die eine Klasse der Geschäfte bilden die kausalen oder materiellen, die andere Klasse die abstrakten oder formalen.

a) Bei kausalen Geschäften gehört die Verwirklichung des bestimmenden Zweckes zum Wesen und Bestande des Geschäfts.

Ein Beispiel bildet das Darlehen. Eine Darlehensverpflichtung entsteht nicht durch ein bloßes Schuldversprechen, noch auch etwa durch die Aushändigung eines Darlehnsschuldscheines, vielmehr ist wesentlich die Übereignung der Darlehensvaluta, um derentwillen das Versprechen abgegeben ist.

b) Die abstrakten Geschäfte werden rechtsbeständig, auch ohne daß sich die causa, welche zu ihrer Eingehung führte, verwirklicht.[4]

Es gibt zwei Arten solcher Geschäfte, nämlich die notwendig und die willkürlich abstrakten.

Notwendig abstrakt sind die Geschäfte, welche auch nicht durch Vereinbarung der Beteiligten von der Verwirklichung ihrer causa abhängig gemacht werden können. Hierher gehört im heutigen Rechte der Wechsel, d. h. das Versprechen einer Geldsumme in Wechselform. Der Wechsel kann die causa, die ihn hervorrief, nicht aufnehmen; er wäre z. B. nicht gültig, wenn die Bedingung zugefügt würde, daß die Ware, derentwegen er ausgestellt wird, richtig und fehlerfrei geliefert werde. Notwendig abstrakt waren im alten Rom auch die Übereignungsgeschäfte der mancipatio und der in jure cessio.

Abstrakt kann die Übereignung durch Tradition sein, sie ist aber nicht notwendig abstrakt. Nicht anders stand es in Rom mit der Stipulation. Sie konnte abstrakt auf ein Summenversprechen lauten, z. B. centum dare spondes? Aber nichts stand im Wege, die Verpflichtung des Stipulationsschuldners im Wege einer zugefügten Bedingung von einer Gegenleistung abhängig zu machen.

Bei abstrakten Geschäften ist die natürliche Verkettung mit ihrem Grunde unterbrochen, aber keineswegs völlig aufgehoben. Ergibt sich hinterher, daß die causa objektiven Bestand nicht hat oder nicht gewinnt,

4) Bei abstrakten Geschäften kann die causa der Zuwendung zunächst offen bleiben. Man übereignet z. B. Werte, es der Zukunft überlassend, ob das Übermachte zur Tilgung von Verbindlichkeiten oder als Vorschuß dienen wird.

so zeigt sich eben damit, daß der eine Teil einen Vermögensverlust ohne rechten Grund — sine justa causa — erlitten, der andere Teil einen Vermögenserwerb ohne rechten Grund gemacht hat. Dieses unbillige Resultat wird wieder beseitigt, und zwar geschieht die Beseitigung vorzugsweise durch das Rechtsmittel der condictio.[5]

4. Die causa darf mit dem Beweggrunde nicht identifiziert werden; es handelt sich bei ihr nicht wie beim Motiv um etwas dem Geschäfte Fremdes, sondern um ein wesentliches Element, welches sich, wenn auch zurückgedrängt, doch als Bestandteil des Geschäftes geltend macht.

III. Willenserklärung.

§ 84. Bedeutung der Willenserklärung.

In der Vorstellung des Handelnden bildet sich die Idee des Rechtsgeschäftes. Sie findet Verwirklichung durch entsprechende Erklärung und bevor sie geäußert ist, bleibt sie beliebig wandelbar und ohne rechtliche Bedeutung.

Die Erklärung muß eine bewußte und beabsichtigte sein. Erklärung auch lange gehegter Absichten im Fieberdelirium oder bei sinnloser Trunkenheit ist keine. Hiernach unterscheidet man den *Geschäftswillen*, d. h. den Willen, das Geschäftsbild, welches wir uns im Geiste machten, zu verwirklichen, und den *Erklärungswillen*, vermöge dessen jener Wille seine Äußerung findet und damit sein Ziel erreicht.

Häufig muß sich die Erklärung, um gültig zu sein, an eine bestimmte Person richten und an sie gelangen. So ist es bei zweiseitigen Geschäften,[1] aber auch bei manchen einseitigen — einseitigen *empfangsbedürftigen* Geschäften — z. B. bei Kündigungen, bei Vollmachten. Bei anderen einseitigen Geschäften dagegen geht die Erklärung in das Allgemeine, z. B. bei der Okkupation herrenloser Sachen, Antreten einer Erbschaft. Es müssen dann aber Mittel gewählt werden, durch welche die Erklärung denen erkennbar wird, welche bei ihr interessiert sind.[2]

---

5) Wenn z. B. A. glaubt, dem B. ein bestimmtes Pferd zu schulden und ihm dies übereignet, so wird B. Eigentümer, auch wenn die Schuld nicht bestand. Aber B. ist in diesem Falle ohne Grund bereichert; deswegen kann A. ihm gegenüber eine condictio indebiti auf Herausgabe seiner Bereicherung anstellen, dagegen kann der A. von einem etwaigen dritten Besitzer des Pferdes, dem C., welcher dasselbe von B. erwarb, nichts fordern, also auch nicht Herausgabe des Pferdes, denn die Übereignung des Pferdes an den B. und von diesem an C. ist unanfechtbar.

1) l. 1 pr. D. de V. O. 45, 1 . . . exaudire invicem debent. Es ist freilich ein bestrittener Punkt, ob nicht die bloße *Äußerung* einer zustimmenden Erklärung genügt, auch ohne daß sie an den anderen Teil *gelangt*. Hierüber das Nähere im Obligationenrechte.

2) Vgl. oben § 80. Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 125 bemerkt bezüglich der Erbantretung: „Der Akt muß so erfolgen, daß er einen geschäftlichen Charakter an sich trägt; wer vor seinem Kammerdiener die Erbschaft antritt, hat schwerlich mit Rechtswirksamkeit angetreten.“ Wäre freilich dem Kammerdiener vom Erblasser ein Legat vermacht und das Legat ausgezahlt, so wäre der Erbschaftsantritt nicht zu bezweifeln. Denn dieser Akt hat den geschäftlichen Charakter, welchen Kohler mit Recht fordert.

§ 85. Formelle und formlose Geschäfte.

1. Die Rechtsgeschäfte sind entweder *formelle* oder *formlose*.[1] Sie sind *formell*, wenn sie an eine *bestimmte Weise der Erklärung* — Form — gebunden sind,[2] und *formlos*, wenn sie *in beliebiger Weise* erklärt werden können.

Die Formen sind bald Erzeugnisse eines naturwüchsigen Formensinnes, wie er sich namentlich in der Kindheit der Völker geltend macht, bald Ergebnisse bewußter Reflexion, beruhend auf Erwägungen der Zweckmäßigkeit.

In älteren Zeiten haben die Formen oft eine dramatische Natur; so namentlich die altrömischen Übereignungsformen der mancipatio und in jure cessio. Die mancipatio — die Übereignungsform für res mancipii — hatte die Gestalt eines Kaufes. Es mußten der Wagehalter mit Wage und Erz, und, wenn es sich um eine Mobilie handelte, die Sache selbst, ferner mindestens 5 Zeugen sowie der Veräußerer und Erwerber zugegen sein, und es wurde dann durch Riten und Reden ein Kauf vorgestellt.[3] Die in jure cessio, Übereignungsform für res mancipii und nec mancipii, hatte die Gestalt eines Prozesses. Erforderlich war das Erscheinen des Erwerbers, welcher den Kläger vorstellte, sowie des Veräußerers, der als Beklagter auftrat, beim Magistrat, ferner die Scheinvindikation des Erwerbers, Schweigen oder Zustimmung des Veräußerers und endlich der Zuschlag durch den Magistrat.[4]

In den späteren Epochen des Rechts nehmen die Formen ein rein geschäftsmäßiges Wesen an. Derartige Formen sind Erklärung vor Zeugen,[5] z. B. beim römischen Privattestamente, — oder vor Gericht, z. B. bei der römischen Adoption, — oder vor dem Notar oder bei anderen Beamten, z. B.

---

1) Vgl. vorzugsweise Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 2 §§ 45 ff.; siehe ferner Savigny Bd. 3 § 30, v. Völderndorff, die Form der Rechtsgeschäfte 1857. Reining, Welches ist die Bedeutung der Form in den vermögensrechtlichen Geschäften nach gem. Recht. Erlanger Inaug.-Diss. 1896.

2) Der Ausdruck formelles Geschäft oder Formalgeschäft wird auch verwertet zur Bezeichnung des abstrakten Geschäftes, weil auch hier eine künstliche Formierung eintritt, vgl. oben § 83. Häufig ist übrigens das der Erklärung nach formelle Geschäft auch zugleich ein abstraktes, von seiner causa losgelöstes.

3) Gaj. Inst. I § 119.

4) Gaj. Inst. II § 24.

5) Wenn die Zuziehung von Zeugen eine gesetzliche Notwendigkeit ist, kann man sie Solennitätszeugen nennen. Jedoch versteht man meist unter Solennitätszeugen nur diejenigen, für welche besondere Qualifikation erfordert wird, z. B. männliches Geschlecht, wie bei den römischen Privattestamenten, Volljährigkeit, wie bei der Eheschließung vor den Standesbeamten nach dem Reichsgesetze vom 6. Febr. 1875. An dem römischen Privattestamente mußten die Zeugen *freiwillig* teilnehmen, l. 20 § 10 D. qui test. facere 28, 1. Dies ist unseres Erachtens historisch zu erklären. Nur freiwillige Zeugen unterlagen in der alten Zeit dem Zeugniszwange bei Strafe der Intestabilität, vgl. oben § 46. Nur ein Testament vor freiwilligen Zeugen, war daher ein vollkommenes. Es liegt kein Grund vor, ein erzwungenes Zeugnis in anderen Fällen für nichtig zu erklären. Anders Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 293 ff.

nach Reichsrecht beim Standesbeamten im Falle einer Eheschließung. Die einfachste Form ist die Schrift. Sie ist bei vielen Geschäften wesentlich, insbesondere beim Wechsel, bei Inhaberpapieren.

Solche Geschäftsformen haben große Vorzüge. Sie bringen den Ernst des Geschäftes zum Bewußtsein, konzentrieren die Verhandlung und bezeichnen den Abschluß scharf gegenüber bloßen Vorverhandlungen. Sie sichern auch häufig den Beweis.

Aber Formen sind oft unbequem, zeitraubend und kostspielig, sie bringen die Gefahr mit sich, daß ernstgemeinte Willensäußerungen wegen Vergreifens in der Form kraftlos werden; Formen erstarren leicht, veralten, werden unvolkstümlich. Dann tritt ein Gegensatz ein zwischen der Rechtsnorm, die Beobachtung der Form fordert, und dem Verkehr, welcher sich ohne sie zu helfen sucht. Das römische Recht bewegte sich ursprünglich in Formalgeschäften, im Laufe der Zeit begünstigte es entschieden die Formlosigkeit.

2. Weiter noch ist das gemeine Recht gegangen. Der Grundsatz der bindenden Kraft formloser Verträge hat sich hier nicht bloß im Obligationenrechte zur Geltung gebracht,[6] sondern auch darüber hinaus.[7]

Formen sind also nur erforderlich, soweit sie das Gesetz oder die Beteiligten besonders ausbedingen:[8]

a) Gesetzlich sind an Formen namentlich Akte des Familienrechts gebunden. Formlos ist zwar das Verlöbnis, aber die Eheschließung, die Kindesannahme müssen formell erklärt werden.

Auch Testamente und andere einseitige letztwillige Verfügungen sind in bestimmten Formen zu errichten. Schenkungen ferner über 500 solidi forderten nach römischem und gemeinem Rechte gerichtliche Insinuation.

Die Einhaltung gesetzlich vorgeschriebener Form kann Bedingung der Gültigkeit eines Geschäftes sein. Oft hat aber die Formvorschrift bloß die Bedeutung einer Instruktion. Zuweilen knüpft sich an die Vernachlässigung der Form zwar nicht Nichtigkeit, aber ein sonstiger Nachteil, zuweilen werden besondere Rechtsvorteile bei Einhaltung einer Form in Aussicht gestellt. Welche dieser Folgen eintritt, bestimmt sich nach Wort und Sinn der Gesetzesvorschrift.[9]

---

6) So auch BGB. Doch sind die Ausnahmen zahlreicher, als nach gemeinem Recht. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 §§ 135 ff.

7) Selbst formlose Erbverträge waren gemeinrechtlich rechtsbeständig, anders BGB. § 2276.

8) Über die Form der Schrifturkunde vgl. Bruns, die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden 1876, Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde 1880. Nach heutigem Rechte fordert eine Schrifturkunde zu ihrer Vollendung die Unterschrift des Ausstellers; so namentlich BGB. § 126. Ist die Echtheit der Unterschrift festgestellt, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich, ZPO. § 440 Abs. 2.

9) BGB. § 125 bestimmt: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig."

b) Nicht selten *vereinbaren* die Beteiligten, daß dem Geschäft eine bestimmte Form zu geben sei; die Folgen der Unterlassung bestimmen sich dann nach der Vereinbarung.

§ 86. Erklärung bei formlosen Geschäften.

Bei formlosen Geschäften genügt zur Erklärung jedes Mittel, wodurch der Wille erkennbar wird.

Dahin gehören schriftliche oder mündliche Worte, ferner Zeichensprache, z. B. bei einem Stummen,[1] endlich Handlungen.[2] Auch ungenaue Erklärungen genügen, wenn die Meinung der Beteiligten aus ihnen erkennbar ist.[3]

Die Erklärung kann eine spezielle, das fragliche Geschäft besonders bezeichnende sein, oder in allgemeiner Weise dem Willen Ausdruck geben.[4] Eine spezielle Erklärung nennt man oft eine ausdrückliche.

Die Erklärung kann eine indirekte — mittelbare — sein oder auch in bloßem Schweigen bestehen.

1. Die indirekte Erklärung eines Geschäftes besteht in Handlungen, welche zunächst andere selbständige Zwecke haben, aber auf jenes Geschäft als ihren Grund zurückweisen. Derartige Handlungen nennt man schlüssige — facta concludentia.[5] Der Schluß kann ein logisch zwingender sein. Wer z. B. ohne Irrtum die Zinsen eines ausstehenden Kapitals für das folgende Jahr annimmt, willigt damit mittelbar, aber notwendig in dessen Stehenbleiben für das nächste Jahr.[6]

Aber schlechthin erforderlich ist nicht, daß der Schluß *logisch* zwingend ist, vielmehr reicht aus, daß er empirisch begründet ist, d. h. der Lebenserfahrung entspricht.[7] Beispielsweise liegt in der Rückgabe des Schuld-

---

1) l. 52 § 10 D. de obl. 44, 7, l. 17 D. de nov. et del. 46, 2, l. 67 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

2) Man nimmt z. B. eine zu festen Preisen ausgebotene Sache gegen Zahlung des Preises an sich, ohne Worte zu wechseln.

3) Falsche Benennung einer Person schadet nichts, l. 4 C. de testamentis 6, 23 Imp. Gordianus: Si in nomine praenomine seu cognomine testator erravit nec tamen de quo senserit incertum sit, error hujusmodi nihil officit veritati. l. 8 § 2 D. de bon. poss. s. t. 37, 11. Das gleiche gilt von falscher Benennung der Objekte. Über die l. 4 pr. D. de leg. I ist im Erbrecht zu handeln. Ist statt des Namens eines Vertragschließenden ein Abstraktum gewählt, z. B. „das Rittergut", so verbindet der Vertrag.

4) Römische Bezeichnungen für die besondere Erklärung sind specialiter, nominatim. Diese Ausdrücke sollen aber nicht selten hervorheben, daß ein bezüglicher Wille nicht nach der Rechtsregel anzunehmen, sondern besonders zu erklären ist, sei es auch in mehr oder minder präzisen Worten, l. 30 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 2, l. 8 pr. C. de novat. 8, 41.

5) Stößel, die stillschweigende Willenserklärung, Zürich 1859. Ehrlich, stillschweigende Willenserklärung, mit reicher Kasuistik 1893.

6) l. 57 pr. D. de pactis 2, 14.

7) So auch Regelsberger Bd. 1 S. 504. Andere Auffassungen hat Burckhard, zivilistische Präsumtion S. 270 ff. — Bloße Wahrscheinlichkeit reicht freilich nicht hin, vgl. Bekker Bd. 2 S. 77.

scheins an den Schuldner seitens des Gläubigers die Erklärung des Schuld-erlasses;[8] denn wer die Forderung geltend machen will, entäußert erfahrungsmäßig und verständigerweise sich nicht vorsätzlich des Schuldscheins über dieselbe. Gegen derartige auf Empirie gegründete Schlüsse steht zwar der Gegenbeweis offen, daß im gegebenen Falle eine andere Absicht bestand, z. B. daß man den Schuldschein nur zurückgab, weil der Schuldner an dessen Statt einen neuen, präziseren auszustellen versprochen, den er aber nicht ausgehändigt hat. Unzulässig ist aber der Beweis einer anderen Absicht getäuschten Beteiligten gegenüber, wenn man sie ihnen verschwieg, obgleich Treue und Glauben die Offenlegung gefordert hätten.[9]

Einen solchen Gegenbeweis sichert[10] die Reservation. Sie ist ein Vorbehalt bei Handlungen, durch welchen wir eine uns nachteilige Auslegung derselben ablehnen. — Allgemeiner ist der Begriff der Protestation. Man versteht hierunter jede Verwahrung gegen die Wirkung von rechtlichen Tatsachen, die unsere Rechte bedrohen.[11]

2. Eine interessante Frage ist, welche Rechtsfolgen bloßes Schweigen zu Anträgen und Erklärungen anderer hat.[12]

Stillschweigen auf einen Antrag, Nichtzurücksendung unverlangt zur Ansicht und zum Kauf zugesendeter Waren ist an sich keine Zustimmung. Aber Stillschweigen gilt dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls wir nicht einverstanden waren.[13]

---

8) l. 2 § 1 D. de pactis 2, 14. Ein Fall stillschweigender Willenserklärung ist die pro herede gestio. Der zur Erbschaft Berufene, welcher Erbschaftsgeschäfte besorgt, z. B. Erbschaftsschulden bezahlt, Nachlaßsachen veräußert, erklärt damit seinen Willen, die Erbschaft zu erwerben, es sei denn, daß er nachweisbar andere loyale Zwecke damit verfolgt, z. B. die Masse für den abwesenden nächstberufenen Erben verwalten will, l. 20 pr. D. de a. vel. o. her. 29, 2. Entsprechendes ist auch für die Annahme der Erbschaft nach BGB. § 1942 anzunehmen.

9) Weiter geht Hartmann, Werk und Wille bei stillschweigendem Konsens im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 Nr. 6. Siehe unten § 87.

10) l. 20 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2.

11) Vgl. z. B. l. 1 §§ 3 und 4 D. de agnosc. et al. liberis 25, 3, l. 10 § 3 D. quae in. fraudem 42, 8, l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. In Rom vollzogen sich Protestationen durch private Denunziationen unter Zuziehung von Zeugen. Daher der Name. Nach heutigem Gebrauch bedient man sich bei der Protestation möglichst der Vermittelung des Gerichtes, beziehungsweise der Gerichtsvollzieher und der Notare. Bekker Bd. 2 S. 272.

12) Über die Rechtswirkung des Schweigens sagt l. 142 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 56 ad edictum: qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare. So abgerissen ist der Ausspruch zweideutig wie ein Orakelspruch. Er bezieht sich auf die confessio in jure, mit der sich auch ein anderes Bruchstück aus dem 56. Buche des Ediktskommentars von Paulus l. 1 D. de confessis 42, 2 beschäftigt. Der Sinn ist also: wer in jure auf die Klage schweigt, steht dem confessus in jure gleich. Eine allgemeine Bedeutung hat hiernach der Ausspruch nicht. Doch wiederholt ihn cap. 44 in 6to. de R. J. 5, 12. Es soll dies offenbar zur Abschwächung des vorhergehenden famosen cap. 43 dienen: qui tacet consentire videtur.

13) Auch nach BGB. ist dies anzunehmen. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 133. Heyne, de vol. tac. 1840. Vgl. ferner ROHG. Bd. 1 S. 81. Hallwachs im Archiv für prakt.

Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Geschäftsverbindung bestand und auch bisher Propositionen des anderen Teiles schweigend angenommen waren.[14] Erklärt uns ferner ein Mitkontrahent nach dem Geschäftsschluß, daß er den Vertrag in einer bestimmten Weise verstehe, ihn in einer gewissen Art ausführen wolle, so wird meist Treu und Glauben eine Gegenerklärung erheischen, wenn man sich nicht bei der kundgegebenen Auffassung beruhigen will; Schweigen gilt daher hier als Zustimmung.[15] Als Überlistung erscheint es auch, falls wir bei einer Verhandlung schweigend gegenwärtig sind, bei welcher ein Dritter in unserm Namen Verbindlichkeiten übernimmt, die wir nicht wollen. Wir müssen uns daher gefallen lassen, daß dies Schweigen als Zustimmung ausgelegt wird.[16] Anderenfalls müßten wir uns selbst der Arglist bezichtigen.

IV. Willensmängel.

§ 87. Die Bedeutung des Willensmomentes.

1. Die Erklärung des Geschäftes muß mit den Vorstellungen des Erklärenden übereinstimmen.[1] Wort und Wille müssen sich decken.

Manche freilich wollen die Erklärung schlechthin entscheiden lassen, auch wenn sie des Willens bar ist. Doch das heißt den Zufall zum Herren machen statt planmäßiger Gestaltung.[2]

RW. Bd. 10 S. 225, Klemm, über die stillschweigende Verbindlichkeit zur Bezahlung unbestellter Waren, Hanausek, Fakturen 1891 S. 37, Ehrlich a. a. O. S. 173, Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 273ff., Raneletti, il silenzio nei negozi giuridici in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 13 S. 3ff., insbes. S. 25, der im wesentlichen mit uns übereinstimmt. Vgl. auch Aßmann, die unbestellten Zusendungen, 1901.

14) Wird eine bestellte Ware mit einer Rechnung, die vom Vertrage abweicht, übersendet, so ist Stillschweigen hierauf allein noch keine Zustimmung zu den von früheren Abmachungen abweichenden Modalitäten, ROHG. Bd. 5 S. 35.

15) So hat das ROHG. oft erkannt, ROHG. Bd. 1 S. 82, Bd. 19 S. 123.

16) l. 4 § 3 D. de fidejuss. et nom. 27, 7, l. 12 D. de evict. 21, 2. Leichter ist Schweigen als Zustimmung anzusehen, wenn man bei der Erklärung eines anderen gegenwärtig ist, ohne zu widersprechen, als wenn man in der Ferne von derselben Kunde erhält und schweigt. Dies alles hängt übrigens von der Würdigung des Falles ab. Vgl. l. 16 D. de S. C. Maced. 14, 16.

1) Natürlich handelt es sich hierbei um diejenige Vorstellung, zu welcher der Kontrahent endgültig gelangte, nicht um Absichten, mit denen er an den Geschäftsschluß herantrat und von denen er sich mehr oder weniger abdrängen ließ: l. 8 C. de rescindenda venditione 4, 44. Diocletianus et Maximianus . . . videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emtore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum . . .

2) Vgl. oben § 79 Anm. 10. Die Frage des Verhältnisses zwischen Willen und Willenserklärung ist in der neueren Zeit Gegenstand interessanter Erörterungen geworden. Die herrschende Meinung — die „Willenstheorie" — geht davon aus, daß die Erklärung ohne Willen ebensowenig rechtliche Wirkung hat, wie der Wille ohne

Allerdings gilt das Erklärte als gewollt. Es bedarf des Gegenbeweises aus anderen Tatsachen, um darzutun, daß der Wille fehlte. Und nicht immer ist dieser Gegenbeweis rechtlich gestattet. Handelt es sich doch darum — dies ist der Hauptfall —, anzukämpfen gegen die eigenen Worte. Dem Tüchtigen und Redlichen aber ist sein Wort ehrwürdig. Auf dem Halten seines Wortes beruht das Vertrauen zu seiner Persönlichkeit, sein moralischer und ökonomischer Kredit.

2. In dieser Hinsicht unterliegen liberale und letztwillige Zuwendungen anderer Beurteilung als Verkehrsgeschäfte.

Bei liberalen Zuwendungen und letztwilligen Verfügungen ist der Nachweis mangelnden Willens schlechthin gestattet; es ist für den anderen Teil unanständig, wenn er sich gegen den Willen des Verleihenden, gestützt auf das bloße Wort, Vorteile anzumaßen sucht. Dagegen ist die nachträgliche Ableugnung eines Verkehrsgeschäftes wegen Mangels des Willens unzulässig, wenn sie dem Anstande und redlicher Gesinnung widerspricht,[3] vor allem, wenn der Erklärende selbst Schuld daran ist, daß der andere Teil durch die falsche Erklärung getäuscht wurde.

3. Man kann sich unbedingt darauf berufen, daß zur Zeit der Erklärung die Fähigkeit klarer Vorstellung durch Krankheit,[4] oder daß die Selbständigkeit des Willens durch Hypnose[5] behindert war. Trunkenheit

Erklärung. Sie haben im wesentlichen festgehalten: Windscheid, Wille und Willenserklärung im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 n. 3, Zitelmann in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 8, Scheiff, die Divergenz zwischen Wille und Erklärung, Inauguraldissertation, Bonn 1879. Eine entgegengesetzte Ansicht will der Erklärung, die mit dem Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt, dann unbedingt Wirkung beilegen, wenn sie dem Mitkontrahenten als Ausdruck des Willens erschien und erscheinen konnte — sog. Verkehrs-, oder Vertrauens-, oder Läsionstheorien. — Die Vertreter dieser Ansicht hat Windscheid a. a. O. S. 73 aufgeführt. Wir heben nur hervor: Bähr, über Irrungen im Kontrahieren in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 n. 9, und Kohler ebendaselbst Bd. 16 S. 325 ff., vgl. auch Leonhard, Irrtum, 2. Aufl. Teil 2, insbesondere §§ 15 und 17, sowie Hollander, zur Lehre vom error, 1898. Einen vermittelnden, unseres Erachtens richtigen Standpunkt nimmt ein Gustav Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 20 n. 1. Dazu Eisele in derf. Zeitschr. Bd. 25 n. 10, Bd. 26 n. 5, Hartmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 S. 162. Vgl. auch Graf Pininski, Sachbesitzerwerb 1885 ff. Bd. 2 S. 281, Bekker Bd. 2 S. 64. — Das BGB. steht grundsätzlich auf dem Standpunkt der Willenstheorie — anderer Ansicht Cosack, Bürg. Recht Bd. 1 § 64 — jedoch mit erheblichen praktischen Modifikationen.

3) Das tritt zutage in l. 12 D. de transactionibus 2, 15 Celsus libro 3 Digestorum . . . si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur. Vgl. namentlich Hartmann a. a. O. S. 55. Nur mit dieser Beschränkung sind die Stellen zu verstehen, welche auf den Willen Gewicht legen, z. B. l. 3 D. de rebus dubiis 34, 5, § 23 J. de inutilibus stipulationibus 3, 19, l. 5 C. plus valere 4, 22.

4) Es kommt vor, daß man im Nervenfieber scheinbar bewußt Erklärungen abgibt, von denen man im gesunden Zustande hinterher nicht das Geringste weiß. Solche Erklärungen sind nichtig. Dies ist auch dann der Fall, wenn sie gerichtlich aufgenommen wurden, und wenn das Gericht das Vorhandensein des Bewußtseins nach dem Anschein konstatiert hat. Anders Leyser med. vol. V. sp. 348 II.

5) Vgl. auch v. Bentivegni, die Hypnose und ihre zivilrechtliche Bedeutung Leipzig 1890.

darf man vorschützen, wenn sie das Bewußtsein raubte oder doch die Einsicht in die Bedeutung des Geschäfts erheblich verdunkelte. Denn solche Trunkenheit mußte der andere Teil bemerken.[6] Die Berufung auf unentschuldbare Zerstreutheit, welche der andere Teil nicht erkennen konnte, ist bei Verkehrsgeschäften unzulässig.[7]

Unzulässig ist ferner die Berufung auf eine reservatio mentalis, d. h. den dem Mitkontrahenten verschwiegenen Vorbehalt, nicht zu wollen, was man erklärt, es sei denn, daß dieser das Fehlen des Willens kannte oder hätte erkennen müssen.[8]

Die Einwendung eines Scherzes ist bei Verkehrsgeschäften zu beachten, wenn der Mitkontrahent an ihm teilnahm, oder wenn der Scherz aus den Umständen des Falles oder dem Inhalte des Erklärten erkennbar war. Das gleiche gilt von Erklärungen, die ersichtlich ohne ernsthafte Verkehrsmotive bloß aus Prahlerei geschehen.[9] [10]

4. Von zwei Extremen haben wir uns hiernach frei zu halten. Wir dürfen der äußerlichen Auffassung nicht nachgeben, als sei das Erklärte

---

6) Die römischen Quellen sprechen sich über die in der Trunkenheit geschlossenen Geschäfte nicht aus. Man pflegt auf einige allgemeine Betrachtungen des kanonischen Rechts hinzuweisen, namentlich can. 7 caus. XV qu. 1 „nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, jacent ut sepulti" und cap. 14 X de vit. et honest. cler. 3, 1 „cum ebrietas et mentis inducat exilium". Hieraus ergibt sich für unsere Frage wenig oder nichts. Bei der Beurteilung ist die Lage des einzelnen Falles von Bedeutung, da sich die Grade der Trunkenheit nicht genau abgrenzen lassen. Eine bloße Erhöhung der Stimmung durch geistige Getränke begründet keine Anfechtung; ist sie aber vom Mitkontrahenten künstlich hervorgerufen, so ist exceptio und actio doli zulässig, Leyser vol. I spec. 59 med. 3.

7) Über die Bedeutung der Zerstreutheit vgl. namentlich Leonhard, Irrtum S. 145 ff.

8) Vgl. BGB. § 116. Über Mentalreservation siehe Savigny Bd. 3 S. 259, Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 2 und n. 9, Scheurl im Archiv für ziv. Praxis Bd. 78 n. 10. Über das cap. 26 X de sponsal 4, 1, insbesondere vgl. Scheurl a. a. O. S. 346, Zitelmann in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 400 ff., Kohler in ders. Zeitschr. Bd. 28 S. 185, Hinschius im Archiv für ziv. Praxis Bd. 83 n. 4, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 95 ff., Gradenwitz, Anfechtung und Reurecht beim Irrtum, Berlin 1902 S. 12 ff. Die Mentalreservation entspringt nicht immer der Absicht zu täuschen, vgl. Gruchots Beiträge Bd. 35 S. 396.

9) l. 3 § 2 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 2 institutionum: Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero spondes? et tu responderis spondeo, nascetur obligatio. Varro de lingua latina 6, 72. Ein interessantes Beispiel findet sich RG. Bd. 8 S. 248 ff. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 16 n. 217, Bd. 32 n. 231. BGB. § 118 erklärt: Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 141.

10) Nicht selten ist die Fassung der Urkunde über ein Geschäft ungenau, weil die Beteiligten nicht imstande waren, ihren Gedanken präzis auszudrücken, oder weil sie der Kürze halber nur die Hauptpunkte hervorheben wollten. Dann gilt gleichwohl das mündlich Vereinbarte; eine Ausbeutung des Textes der Urkunde durch einen der Kontrahenten gegen die Vertragsabsichten ist nicht zu gestatten. l. 36 D. de verb. obl. 45, 1; Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 103. — Ganz anders liegt der Fall, wenn die Urkunde geradezu anderes als das vorher mündlich Verabredete feststellt; dann ist der Inhalt der Urkunde, welche die letzte Willensäußerung der Beteiligten bildet, maßgebend, vorbehaltlich der Einwendung von Betrug, Irrtum, Simulation, Zwang.

schlechthin maßgebend, ohne Rücksicht darauf, ob es der Absicht des Erklärenden entspricht. Aber auch die einseitige Betonung des Willens führt auf Abwege, falls hierbei nicht gewürdigt wird, welches Gewicht das Wort für den Verkehr und die Rechtssicherheit hat.

§ 88. Simulierte, dissimulierte, fiduziarische Geschäfte.

1. Simulierte Geschäfte sind **zum Scheine geschlossene.**[1] Die Scheinkontrahenten sind darüber einig, nicht zu wollen, was sie nach außen hin vorgeben.[2] Sie wollen entweder kein Geschäft oder ein Geschäft anderer Art oder ein Geschäft derselben Art, aber unter anderen Modalitäten als das vorgegebene. Simulierte Geschäfte sind nichtig.

Auf simulierte Geschäfte können sich daher die Kontrahenten in keiner Hinsicht stützen.[3] Wer sonst ein rechtliches Interesse daran hat, kann die Simulation aufdecken und das Geschäft als nichtig bekämpfen. Besonders häufig sind Scheinveräußerungen der Habe eines Schuldners, um diese dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Die Gläubiger des Scheinveräußerers können die Pfändung oder Subhastation der zum Scheine veräußerten Objekte durchführen, wenn sie die Simulation dartun.[4]

Auch der Simulant ist berechtigt, die Simulation gegen seinen Mitkontrahenten und gegen Dritte geltend zu machen, welche die Simulation kannten, trotzdem aber Rechte auf das simulierte Geschäft stützen.[5] Dritte aber, die im Vertrauen auf die Echtheit des simulierten Geschäftes mit dem Scheinkontrahenten in Verhandlung traten, sollen durch den späteren

---

1) Savigny Bd. 3 § 132; Kohler, Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 2 und n. 7 und daselbst Bd. 28 S. 166, Archiv für ziv. Praxis Bd. 80 S. 143 Anm. 1. Sonntag, das simulierte Rechtsgeschäft, Erlanger Inaug.-Diss. 1899.

2) Von anderer Art sind die „typischen Scheingeschäfte" des älteren römischen Rechts. Es gehörte dahin das Manzipationstestament, die in jure cessio. Die Rechtsakte wurden hierbei zu Zwecken verwendet, welche ihrem Wortlaute nicht entsprachen. Dies beruhte auf dem Formalismus und dem Bedürfnis der Notorietät, nicht auf Schein, denn getäuscht wurde niemand. Vgl. Ihering, Geist Bd. 2 § 46, 4. Auflage S. 529, und Bd. 3 § 58 S. 277.

3) Ebenso BGB. § 117. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 142. Verbotsgesetze durch simulierte Geschäfte zu umgehen, waren die Römer sehr geneigt; so die Strafen der Ehelosigkeit durch simulierte Ehen, l. 30 D. de ritu nuptiarum 23, 2, das Verbot der Schenkung unter Ehegatten durch scheinbare Kaufgeschäfte, l. 5 § 5, l. 7 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 36, l. 38 D. de contr. emt. 18, 1, vgl. l. 4 § 5 D. de in diem addict. 18, 2.

4) Zwei Fälle sind zu unterscheiden. a) Der Schuldner behielt auch nach der Veräußerung den Gewahrsam der zum Schein veräußerten Objekte. Dann sind die Gläubiger befugt, die Sachen unmittelbar zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen, insbesondere zu pfänden. Treten die Scheinerwerber intervenierend auf, so werden sie durch den Einwand der Simulation zurückgewiesen. b) Die Scheinerwerber haben den Gewahrsam der zum Schein veräußerten Objekte erlangt. Hier machen die Gläubiger der Exekution in dieselben freie Bahn, wenn sie durch Feststellungsklage — § 256 ZPO. — zur Anerkennung bringen, daß der Scheinerwerber auf Grund eines Scheingeschäftes für ihren Schuldner besitzt. RG. Bd. 4 S. 252.

5) l. 54 D. de obl. et act. 44, 7. Tit. Cod. 4, 22 plus valere, quod agitur quam quod simulate concipitur. l. 5, l. 6 C. si quis alteri 4, 50.

Nachweis der Scheinnatur nicht leiden. Wenn also der Scheinkäufer die zum Schein gekaufte Sache an einen gutgläubigen Erwerber weiter veräußert, so wird dieser Eigentümer; der Scheinverkäufer darf ihm gegenüber nicht vindizieren.[6] [7]

2. Das simulierte Geschäft verdeckt nicht selten ein ernstlich gemeintes. Solche *verdeckten Geschäfte* nennt man *dissimulierte*. Es wird beispielsweise der Kaufpreis in der Schrifturkunde über ein Kaufgeschäft niedriger angegeben, als vereinbart ist, um Stempelbeträge zu sparen, oder er wird in höherem Betrage niedergeschrieben, als vereinbart ist, um dem Käufer die Weiterveräußerung zu dem höheren Preise zu erleichtern. Das *dissimulierte Geschäft ist gültig*, wenn es den gesetzlichen Voraussetzungen der Geschäfte seiner Art entspricht.[8]

3. Mit den simulierten Geschäften sind die *fiduziarischen* nicht zu verwechseln. Bei den fiduziarischen Geschäften ist das Verhältnis nach außen und nach innen verschieden. Wir geben hierbei dem Fiduziar nach außen hin die Stellung des Eigentümers unserer Sache oder des Gläubigers einer uns zustehenden Forderung und verschaffen ihm hierdurch die volle Legitimation zur Geltendmachung unseres Rechts. Nach innen bleibt aber der Fiduziar bloßer Bevollmächtigter; die Sache beziehungsweise die Forderung ist für ihn im Verhältnis zum Vollmachtgeber eine fremde.[9] Gerät er in Konkurs, so kann der Vollmachtgeber richtiger Ansicht nach das fiduziarisch weggegebene Aktivum aus der Konkursmasse vindizieren.[10]

---

6) Diese Auffassung hat im wesentlichen Zustimmung gefunden bei Kohler a. a. O. S. 128; Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 3 ff.; Leonhard, Irrtum S. 140; Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 100. Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 12 will sie auf entgeltlichen Erwerb beschränken. Zweifelnd verhält sich Windscheid Bd. 1 § 75 Anm. 3.

7) Kohler a. a. O. nimmt an, die Einrede der Simulation gegen eine Ehe sei unzulässig. Man denke aber, eine Dame der Demimonde schließe, um einen Namen zu gewinnen, eine simulierte Ehe. Dritten kann die Simulation keinesfalls entgegengestellt werden. Will jedoch der Scheinehemann trotz der Simulation Rechte als Ehemann, z. B. Erbrechte, geltend machen, so wird ihm die Einrede der Simulation entgegenstehen, vgl. l. 30 D. de ritu nupt. 23, 2. Vgl. jedoch Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 167, Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 10, OLG. Hamburg in Seuff. Archiv Bd. 53 n. 90. Nach BGB. §§ 1323 ff. ist die simulierte Ehe *gültig*.

8) l. 3 C. de contr. empt. 4, 38, l. 2, l. 4 C. plus valere 4, 22. RG. Bd. 15 S. 293.

9) Wir behaupten nicht, daß diese Konstruktion dem römischen Rechte angehört. Sie hat sich im heutigen Rechte ausgebildet, welches die Verhältnisse nach *innen* und nach *außen* häufig scharf sondert. Fiduziarische Geschäfte solcher Art bilden namentlich oft Zessionen von Forderungen behufs deren Einklagung, Übermachung von Wechseln zum Inkasso mit Vollindossament. AA. Lang im Archiv für ziv. Praxis Bd. 83 S. 343. Vgl. auch Dreyer in Gruchots Beitr. Bd. 40 S. 233, 449; ferner Alfred Schultze, Fiducia und deutsche Treuhand in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.

10) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 353, Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 14. Jäger, Konkursordnung zu § 23 und die dort Angef. Entsprechendes ist für die Widerspruchsklage der ZPO. § 771 im Fall der einzelnen Zwangsvollstreckung anzunehmen. Anderer Ansicht F. Goltz, das fiduziarische Rechtsgeschäft, Rostocker Inaug.-Diss. 1901.

§ 89. Geschäftsirrtum.[1] Einleitung.

1. Irrtum bewirkt nicht selten den äußerlichen Abschluß von Geschäften, welche die Beteiligten in der Tat nicht wollten.[2]

Dies geschieht in verschiedener Weise. Es kann sein, daß die eigene Erklärung mit der Absicht des Erklärenden nicht übereinstimmt. Man unterschreibt z. B. ungelesen einen vorgelegten Kaufvertrag, den man für einen Pachtvertrag hält.[3] Es kommt ferner vor, daß sich die beiderseitigen Erklärungen der Kontrahenten nicht decken, während scheinbar eine Einigung erzielt ist. Es kann die Willenserklärung des einen Teiles falsch ausgerichtet werden; man beauftragt z. B. einen Bankier durch Telegramm mit dem Verkauf von Inhaberpapieren, die Telegraphenanstalt meldet aber einen Auftrag zum Ankauf.[4] Auch Gegenwärtige mißverstehen sich zuweilen, sie tauschen übereinstimmende Erklärungen aus, aber der eine verbindet mit ihnen einen ganz anderen Sinn als die Gegenpartei.[5]

Irrtum solcher Art wollen wir Geschäftsirrtum nennen. Derselbe kann die Nichtigkeit des Geschäftes begründen. Der letzte Grund der Nichtigkeit liegt aber nicht im Irrtum, sondern in dem Fehlen des Geschäftswillens. Die Aufdeckung des Irrtums macht nur den Mangel des Willens erkennbar.[6]

1) H. Richelmann, Einfluß des Irrtums auf Verträge 1837; Savigny Bd. 3 § 135. Pfitzer, Psychologie des Irrtums in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 107 ff., Hesse im Archiv für ziv. Praxis Bd. 57 S. 182 ff. und Iherings Jahrb. Bd. 15 S. 62 ff., Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 543 ff., Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung 1879 und Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen 1882 2. Aufl. 1907 und im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 n. 2, dazu Lotmar, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 25 S. 368, Bd. 26 S. 220, Ryck in den Festgaben für Beseler 1885 S. 119, Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 673, Ofner ebendaselbst Bd. 17 S. 331, Affolter im Archiv für bürg. Recht Bd. 6 n. 10, Litten, der Dissens über die Person des Empfängers beim Traditionserwerb, Hallenser Inaug.-Diss. 1895, Hollander, zur Lehre vom error 1898. Vgl. auch Pfersche, die Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts 1891, Pininski, der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes Bd. 2 S. 402 ff., Sokolowski, Philosophie im Privatrechte Bd. 1 S. 213: Die Lehre von der Identität.

2) Nur von Fällen eines dem äußeren Anscheine nach vorhandenen Geschäftsschlusses, welcher entkräftet werden soll, ist im folgenden die Rede. Ganz anders verhält es sich, wenn ein Geschäft auch nicht einmal scheinbar geschlossen ist, z. B A. und B., die schwerhörig sind, verhandeln mündlich, A. erklärt den Willen, eine Sache zu verkaufen, B. dieselbe zu mieten. Beide mißverstehen sich, der Dissens liegt den Zuhörern offen zutage. Hier kann weder A. noch B. eine Klage begründen; es fehlt selbst an dem Anscheine des Konsenses. Auf den Irrtum und seine Qualität kommt es hier nicht an.

3) l. 5 C. plus valere quod agitur 4, 22. Diocletianus et Maximianus: Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constitisse procul dubio est.

4) Vgl. Windscheid Bd. 2 § 309 Anm. 5 und dort Angeführte.

5) RGHG. Bd. 11 S. 172.

6) Savigny, a. a. O. S. 264, 444, unterscheidet echten und unechten Irrtum. Einen echten nennt er den Irrtum, welcher positiver Grund einer Rechtswirkung ist, z. B. den Irrtum über das Bestehen einer Schuld, die zur Zahlung führte, und aus welchem die condictio indebiti erwächst. Den Irrtum, welcher einen Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung veranlaßt — den Geschäfts-

§ 90. Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsirrtum.

Wir nennen den Geschäftsirrtum **wesentlich**, wenn durch ihn die **Nichtigkeit des Geschäftes begründet wird**, **unwesentlich**, wenn dies **nicht der Fall** ist. Irrtum, welcher in diesem Sinne unwesentlich ist, hat oft in anderer Hinsicht rechtliche Bedeutung. Er kann namentlich bei Ansprüchen wegen Betruges, sowie bei den ädilizischen Klagen wegen verborgener Mängel in Betracht kommen.

Der wesentliche Irrtum muß

1. **entschuldbar** sein.[1]

2. Er muß **sachlicher Natur** sein. Nicht in Betracht zu ziehen ist bloßer Irrtum über Namen und Bezeichnungen.

3. Der Irrtum muß das **Geschäft** selbst betreffen. Unzweifelhaft ist der Irrtum in bloßen **Beweggründen** unwesentlich.[2] Oft ist es aber schwierig zu entscheiden, ob ein Irrtum zur einen oder zur anderen Kategorie gehört.

4. Es ist endlich **Erheblichkeit** des Irrtums erfordert.

Im altrömischen Recht entschied allein der Wortlaut des Geschäftes; auf Irrtum, selbst wenn er durch Betrug des Gegners veranlaßt war, konnte man sich nicht berufen. Dieser veralteten Rechtsauffassung gegen-

---

irrtum bezeichnet Savigny als unechten. Diese Terminologie ist nicht empfehlenswert. Auch der Geschäftsirrtum ist echt, er ist wesentlich. Es ist verwirrend, wenn man ihn als einen unechten bezeichnet. Die Schlüsse, welche Savigny aus seiner Unterscheidung zieht, sind von großer Bedeutung. Er folgert aus denselben, daß es auf **Entschuldbarkeit** oder Unentschuldbarkeit des **Geschäftsirrtumes** nicht ankommen könne. Allerdings sei zu tadeln, wer aus grober Unaufmerksamkeit die Proposition eines anderen falsch auffasse und ihr in solchem Mißverständnis beitrete. Aber es fehle nun einmal der übereinstimmende Wille. Ohne Willensvereinigung aber sei ein Vertrag nicht denkbar. Die Auffassung Savignys wäre unwiderleglich, wenn eine philosophische oder mathematische Aufgabe in Frage stände. In der Tat aber handelt es sich um ein praktisches Problem, welches nicht nach rein abstrakten Gesichtspunkten zu lösen ist. Ein Geschäft liegt wenigstens scheinbar vor; dasselbe muß erst aus dem Wege geräumt werden. Hiermit ist es nicht leicht zu nehmen. Vgl. oben § 75. Dafür, daß nur entschuldbarer Geschäftsirrtum berücksichtigt wird, spricht l. 15 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Paulus libro 5 ad Sabinum: Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit. Denn Paulus handelte in diesem Buche — vgl. auch l. 10 D. eod. — von Irrtum beim Geschäftsschluß. Vermittelnd ist Brinz Bd. 4 § 526 S. 43. Viele nehmen an, wer unentschuldbar irrte, sei zum Ersatz des sog. negativen Vertragsinteresses verpflichtet — vgl. hierüber unter Schuldverträgen — der Vertrag sei aber wegen Mangels des Willens nichtig. So Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 101. Vgl. Unger, Behandlung des wesentlichen Irrtums in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 n. 13.

1) l. 9 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Ulpianus libro 28 ad Sabinum: Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio. l. 32 D, de verb. obl. 45, 1. Dennoch gibt es Fälle, in welchen der bloße Name von Bedeutung ist. Es wird z. B. ein Bild als „echter Rafael" verkauft, welches bloße Kopie ist. Über Irrtum im Gemäldehandel Kohler, Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 256.

2) Hierüber ist man einig. Nur ist ein Vorbehalt bezüglich der Motive letztwilliger Verfügungen zu machen, welcher bei diesen zu erörtern ist. Um so bestrittener ist, was unter den Beweggründen zu verstehen ist. Wir haben unsere Ansichten oben § 82 entwickelt; zu ganz anderen Ergebnissen gelangt Zitelmann a. a. O. namentlich S. 414 ff. Vgl. auch Leonhard a. a. O. S. 256 ff.

über brach sich seit Ende der Republik eine neue Idee Bahn, welche Berücksichtigung des Parteiwillens verlangte. Ein Schlagwort hierfür war „errantis nulla voluntas“.[3] Doch ein unmittelbar anwendbares Rechtsprinzip war hiermit nicht gewonnen, wie sich bald ergeben mußte. Die Rechtssicherheit wäre auf das äußerste gefährdet, wenn man wegen eines jeden untergeordneten Irrtumes über Geschäftsbestandteile Nichtigkeit des Geschäftes geltend machen könnte.[4] Eine richtige Grenze zwischen dem erheblichen und dem nicht erheblichen Irrtum ist indessen nicht leicht zu ziehen. Die römische Jurisprudenz suchte einen Anhalt in äußeren Momenten. Sie ist dabei nicht durchweg zu befriedigenden und folgerechten Resultaten gelangt. Die neuere gemeinrechtliche Jurisprudenz mußte daher in der Ausbildung des einzelnen zum Teil selbständige Wege gehen.[5]

Wir fassen im folgenden vorzugsweise die gegenseitigen lästigen Verträge in das Auge.

a) Erheblich ist der Irrtum über die Art des Geschäftes,[6] — z. B. wenn der eine Kontrahent schenken, der andere ein Darlehen nehmen will. Sind dagegen die Kontrahenten über die Geschäftsbedingungen einig, und irren sie nur über die juristische Charakterisierung des Geschäftes, so ist dies unerheblich.

b) Erheblich ist der Irrtum über die Identität des Mitkontrahenten.[7] Das heutige Verkehrsleben kennt jedoch zahlreiche Ge-

3) l. 116 D. de R. J. 50, 17, l. 15 D. de jurisdict. 2, 1, l. 2 pr. D. de judiciis 5, 1, l. 8, l. 9 C. de juris et facti ign. 1, 18. Mit Unrecht sieht Savigny, System Bd. 3 S. 342 in diesen Aussprüchen nur spezielle Gelegenheitsäußerungen, siehe Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 143 I.

4) Mit Recht bemerkt Ryck a. a. O. S. 141, daß oft Ausführungsmodalitäten und selbst gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften von Personen oder Sachen nach dem Maßstabe des Hauptzweckes des Geschäfts gemessen völlig bedeutungslos sind. Er führt als Beispiel an, daß beim Ankauf einer Maschine irrtümlich Eigenschaften vorausgesetzt werden, die nach den bisherigen Erfahrungen allgemein als unentbehrlich zur Brauchbarkeit galten, während sie nach einer neuen Konstruktionsart überflüssig sind, da ihr Mangel weder den Gebrauch hindert, noch Kosten verursacht. Aber gerade dies Beispiel zeigt, daß die Frage der Erheblichkeit nach objektiven Kriterien, nicht nach den angeblichen Intentionen zu prüfen ist. Über die objektiven Kriterien der Alten vgl. Sokolowski a. a. O. S. 235 ff.

5) Leonhard a. a. O. stellt den Satz auf: die Erheblichkeit des Irrtumes über einen Umstand für die Gültigkeit eines Vertrages hängt nicht von der Beschaffenheit dieses Umstandes an sich ab, sondern von der Bedeutung, welche die Parteierklärungen ihm beilegten, ob sie also die Richtigkeit eines Umstandes ausdrücklich oder stillschweigend zur Geschäftsbedingung machten. Dieses Prinzip verweist uns auf die subjektiven Absichten der Beteiligten, aber diese sind, weil sie eben im Irrtum befangen waren, meist nicht zu erkennen. Deswegen hat eben das Recht objektive Kriterien darüber aufgestellt, ob ein Irrtum erheblich ist oder nicht.

6) l. 18 D. de reb. cred. 12, 1, l. 36 D. de a. r. d. 41, 1, Zitelmann S. 528 ff., Leonhard S. 472.

7) Die römischen Juristen haben einem derartigen Irrtum in weitem Maße Erheblichkeit beigemessen. Sehr merkwürdig ist in dieser Hinsicht eine Entscheidung von Celsus libro 5 digestorum l. 32 D. de reb. cred. 12, 1: Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes

schäfte, z. B. Verkäufe auf bar, welche in der Regel mit jedermann ohne Unterschied geschlossen werden. Bei solchen Geschäften kommt eine falsche Vorstellung über die Persönlichkeit des anderen Teiles nicht in Betracht.

Irrtum über die Eigenschaften des anderen Teiles ist unerheblich,[8] sofern sie denselben nicht für die Verkehrsauffassung individualisieren.

c) Irrtum über die Identität des Geschäftsobjektes ist erheblich.[9]

Ob auch Irrtum über Eigenschaften des Gegenstandes des Geschäftes[10] erheblich sei, war bei den Römern bestritten. Die herrschende Ansicht nahm dies an, falls man sich über die stoffliche Zusammensetzung einer gekauften Sache total getäuscht hatte — error in substantia.[11] Der Stoff also galt als das entscheidende Merkmal.[12] Diese

fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. Die hier erwähnte condictio pflegt man nach Juventius Celsus die Juventiana zu nennen. Über die Frage, wann Irrtum über die Identität der Person vorliegt, vgl. die scharfsinnigen aber sehr abstrakten Ausführungen Windscheids Bd. 1 § 76a, sowie Brinz Bd. 4 § 526.

8) Siehe l. 14 § 3 D. de in diem addictione 18, 2, vgl. BGB. § 119 Abs. 2. Gültig war hiernach in Rom selbst ein Geschäft mit einem Sklaven, den man für einen Freien hielt, obgleich es den Sklaven nur naturaliter verpflichtete.

9) l. 9 pr. D. de contr. empt. 18, 1. Ulpianus libro 28 ad Sabinum . . . si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem. l. 34 pr. D. de a. vel a. p. 41, 2, l. 2 § 6 D. pro emptore 41, 4. Nicht erheblich ist der Irrtum über bloße „Zugaben" zum Kaufobjekt l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1.

10) Unter Eigenschaften versteht man die objektive Beschaffenheit einer Sache und die Beziehungen, welche sich an sie anschließen, z. B. der Mietsertrag eines Hauses. Die Angabe des Wertes einer Sache bildet ein vergleichendes Urteil, nicht die Behauptung von Eigenschaften; vgl. ROHG. Bd. 22 S. 392; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 79.

11) Über „error in substantia" u. a. Savigny Bd. 3 S. 276, Bruns, kl. Schriften Bd. 2 S. 484, Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 450, Bode, error in subst. Gött. Inaug.-Diss. 1888, Sokolowski a. a. O. S. 238.

12) Ulpianus libro 28 ad Sabinum, l. 9 § 2 D. de contr. empt. 18, 1. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simili, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οὐσία* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur. Das objektive Kriterium der Alten betrachtete als wesentlichen Irrtum denjenigen, welcher sich auf das Wesen der Sache nach der herrschenden Naturlehre erstreckte; nach stoischer Auffassung war dieses der Stoff — *οὐσία* —, nach der peripatetischen die Form — *εἶδος*. Hierauf beruhte der Schulstreit zwischen Sabinus und Ulpian einerseits und Marcellus andererseits. Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 239 ff. l. 11 pr. D. eod. Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit, qui non vidit? § 1. Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio nulla venditio est. Über die Auffassung der Stoiker vom Geschlecht als das Wesen — die *οὐσία* betreffend siehe Sokolowski a. a. O. S. 343 ff. Weil das Wesen der Sache im Stoff liege, erklärten die Stoiker Ulpian und

Lösung war eine äußerliche, sie wäre vom Standpunkte der heutigen Naturlehre undurchführbar. Die neuere Jurisprudenz erachtet daher den Irrtum über Eigenschaften dann als wesentlich, wenn vermöge der irrig vorausgesetzten Eigenschaft nach den *im Verkehre* herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört. Die Identität von Stoff oder Form ist hierzu weder notwendig noch stets hinreichend.[13]

Außerdem ist der Irrtum über solche Eigenschaften erheblich, welche beim Geschäftsschluß *ausdrücklich* als wesentlich bezeichnet wurden.[14]

Mißverständnis der Kontrahenten über den Betrag der zu leistenden *Summe* kann die Willensübereinstimmung in Frage stellen und erheblich sein. Unter Umständen aber schließt das Mißverständnis die Einigung nicht aus. Hat der Verkäufer ein Geringeres als Kaufpreis gefordert, der Käufer mißverstehend ihm einen höheren Preis bewilligt, so liegt Einverständnis über die geringere Summe vor, welche der Käufer in der höheren Summe zugesagt hat.[15]

§ 91. Zwang.[1]

1. Zwang kann den Anschein eines Geschäftes herbeiführen, welches der Gezwungene nicht wollte. Es wird z. B. jemandem, welcher widerstrebt, die Hand zur Unterzeichnung eines Wechsels geführt. Solche Gewalt, die in *physischer Überwältigung* besteht, nennt man *vis absoluta*.[2] Ein Rechtsgeschäft kommt nicht zustande.

Paulus in l. 10, l. 14 D. de contr. empt. 18, 1 den Kauf eines Gefäßes für gültig, welches der Käufer für ein ungemischt goldenes hielt, sofern es nur etwas Gold, also immerhin eine gewisse Menge vom vereinbarten Stoff enthielt. Sokolowski a. a. O. S. 251 ff.

13) Diese Sätze, welche Savigny a. a. O. S. 283 mit der ihm eigenen juristischen Intuition aufstellte, sind in die Praxis übergegangen ROHG. Bd. 7 S. 14, Bd. 22 S. 391, RG. Bd. 19 S. 260. Auch nach BGB. § 119 Abs. 2 wird die Anfechtbarkeit begründet durch Irrtum über Eigenschaften „die im Verkehr als wesentlich angesehen werden" unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Irrenden. Abweichend Eck, Vorträge Heft 1 S. 46, vgl. auch Lenel in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 1. Über die verschiedenen Kriterien der modernen Gesetzgebung und Praxis Sokolowski a. a. O. S. 303 ff.

14) l. 58 D. de contr. empt. 18, 1. Papinianus libro 10 quaestionum: Arboribus quoque vento dejectis absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore. Die letzten Worte müssen auf die Kenntnis des Verkäufers vom Windbruch oder vom Brand bezogen werden.

15) l. 52 D. locati 19, 2. Vgl. auch Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 67.

1) Savigny Bd. 3 § 114; Schliemann, die Lehre vom Zwang 1861; Czyhlarz, der Einfluß des Zwanges in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 1; Schloßmann, die Lehre vom Zwange 1874; Lange, Zwang 1886; Gradenwitz, Ungültigkeit obl. Rechtsgeschäfte S. 9; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 9; v. Blume in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 224; Kolbe, das erzwungene Rechtsgeschäft, Greifswalder Inaug.-Diss. 1902; Angeloff, widerrechtliche Bestimmung durch Drohung, Tübinger Inaug.-Diss. 1903. Der Zwang wird strafrechtlich verfolgt. In Rom begründete er das crimen vis; das Strafgesetzbuch §§ 240 ff., 253 ff. bestraft Nötigung und Erpressung.

2) Absolute Gewalt liegt unter anderem auch dann vor, wenn man jemandem eine Sache wegnimmt, oder ihn aus seinem Grundstück hinauswirft, oder seine Sache gewaltsam zerstört.

2. Häufiger ist Zwang, welcher dem anderen Teile ein Handeln rechtswidrig aufzwingt — Erpressung, vis compulsiva.

Durch Erpressung bewirkte Geschäfte sind gültig,[3] denn sie sind gewollt,[4] aber sie sind durch Klage und Einrede entkräftbar. Hiermit nahm man es indessen nicht leicht. Die Beachtung jedweder wirklichen und scheinbaren Beeinflussung schien für die Sicherheit des Verkehrs und den Kredit gefährlich. Daher verlangte man unsittliche Bedrohung mit ernsten Übeln, welche auf besonnene Menschen Eindruck machen.[5] Erforderlich ist hiernach zur actio quod metus causa:

a) Androhung eines schweren Übels. Die Quellen erwähnen Gefahr für Leib, Leben und Freiheit des Bedrohten oder seiner Angehörigen.[6] Aber auch schwere Vermögensgefahren haben nach heutiger Auffassung erhebliche Bedeutung.[7] Drohungen mit übler Nachrede sind dagegen an und für sich nicht zu beachten,[8] wohl aber wenn sich an eine Verleumdung ernsthafte Nachteile knüpfen, denen man nicht sofort ausreichend begegnen kann.[9]

Ähnlich steht es mit verleumderischen Anklagen und Denunziationen. Sie kommen an sich nicht in Betracht.[10] Knüpfen sich aber an sie reelle Gefahren, so bilden sie wirksame Gründe.[11]

---

3) Es läßt sich allerdings auch eine Behandlungsweise denken, wonach nur der freie Wille Verbindungskraft hat, erzwungene Geschäfte also nichtig sind, l. 116 pr. D. de R. J. 50, 17. Die römische ist sie aber nicht, siehe unten Anm. 24. Bei den Römern konnte sie schon um deswillen nicht Wurzel fassen, weil bei ihnen Zwang zum Abschluß von Rechtsgeschäften eine große Rolle spielte. Denn der Prätor erzwang den Abschluß prätorischer Stipulationen, die Erteilung des väterlichen Ehekonsenses, den Antritt von Erbschaften auf Grund des S. C. Pegasianum. Auch der Hausvater nötigte die Hausuntergebenen zu Rechtsgeschäften. Alle diese Geschäfte hätte man in Frage gestellt, wenn man nur den freien Willen als rechtlich bedeutsam angesehen hätte. — Nach BGB. §§ 123, 124 besteht relative Nichtigkeit, bedingt durch Anfechtung des Gezwungenen binnen Jahresfrist vom Aufhören der Zwangslage an. Über die Stellung der antiken Jurisprudenz zur Willenslehre vgl. Sokolowski, Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 135 ff.

4) l. 21 § 5 D. quod metus causa 4, 2. Paulus libro 11 ad edictum: Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

5) l. 6 D. h. t. Gajus libro 4 ad edictum provinciale: Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicimus. Bereits ältere Schriftsteller führten mit Recht den Satz auf den Einfluß der stoischen Philosophie zurück. BGB. § 123 teilt diesen Standpunkt nicht.

6) l. 3 § 1, l. 4, l. 5 D. h. t. 4, 2.

7) Abgelehnt von Savigny a. a. O. S. 197 Anm. 5. Vgl. aber Wächter, Württ. Privatr. Bd. 2 S. 762; Windscheid § 80 Anm. 6; Regelsberger Bd. 1 § 144 Anm. 8; ROHG. Bd. 8 S. 173, RG. Bd. 10 S. 190.

8) Vgl. freilich l. 7 pr. D. h. t. 4, 2.

9) RG. Bd. 10 S. 188 hat die exceptio metus causa bei Bedrohung des Kredites zugelassen.

10) Vgl. l. 10 C. de his, quae vis metusve causa 2, 19.

11) Vgl. von Glasenapp über den metus accusationis im Archiv für ziv. Praxis Bd. 65 n. 8, Seuff. Archiv Bd. 48 n. 168 (OLG. Hamburg).

b) Die angedrohte Gefahr muß eine gegenwärtige[12] und unabwendbare gewesen sein.[13] [14]

c) War der Drohende befugt, das Geschäft zu erzwingen, so ist dasselbe vollgültig. Dies trifft aber nicht zu, wenn man mit Schritten droht, zu denen man befugt ist, es zugleich aber gegen Anstand und gute Sitte verstößt, solcher Art die fragliche Willenserklärung zu erzwingen. Man droht z. B. behufs einer Erpressung mit Anzeige eines geheimen Verbrechens oder mit Einleitung einer Zwangsvollstreckung.[15]

d) Die Drohung muß einen Vermögensnachteil im Gefolge haben. Dies liegt nicht vor, wenn die Zahlung einer fälligen Schuld durch Drohungen erzwungen wurde.[16]

Entkräftbar sind nur diejenigen Geschäfte, welche durch die Drohung herbeigeführt werden sollten. Zur Abwehr eines angedrohten Übels eingegangene Geschäfte, z. B. zur Verteidigung gegen die Volkswut, sind selbstverständlich unantastbar.[17]

3. Seit alters versprach der Prätor gegen erzwungene Geschäfte nach Lage des Falles in integrum restitutio.[18] Zu Ende der Republik stellte er aber eine eigene Klage, die actio quod metus causa, auf[19]

12) l. 9 pr. D. h. t. 4, 2. Ulpianus libro 11 ad edictum: Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus.

13) l. 2 D. h. t. 4, 2. Paulus libro 1 sententiarum.

14) Das römische Recht ignorierte geringere Drohungen schlechthin; deshalb beachtete man es nicht, „si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit", l. 7 pr. D. h. t. 4, 2. Dagegen läßt sich die Ansicht wohl verteidigen, daß auch objektiv nicht zu befürchtende Drohungen dem Erpressenden selbst und seinen Erben entgegengestellt werden können, sofern sie ihren Zweck erreichten. Das Strafgesetzbuch § 253 bestraft die Erpressung, ohne zu unterscheiden, ob die Drohung eine schwerere oder geringere war und ob sie auf einen besonnenen Menschen einwirken konnte. Diesen Gedanken soll man auch im Zivilrecht zur Durchführung bringen, zumal die römischen Beschränkungen mit den heutigen Rechtsauffassungen nicht mehr übereinstimmen. So die Praxis der Reichsgerichte, RGHG. Bd. 8 S. 171, RG. Bd. 10 S. 191, Bd. 31 S. 156. Über die letzte Entscheidung siehe Eck in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 305. BGB. stimmt mit dieser Praxis überein.

15) Es handelt sich hierbei um eine schwierige Frage. In l. 7 § 1 D. h. t. wird bezeugt, daß wer bei einem Diebstahl oder Ehebruch ergriffen, etwas gibt oder leistet, damit man ihn losläßt, oder damit er nicht verraten wird, die Klage wegen Zwanges geltend machen kann. Dagegen soll nach l. 21 pr. D. eod. die undankbare Freigelassene, welche vom Patron wegen ihrer Undankbarkeit in die Sklaverei zurückgefordert werden kann, keine Klage wegen Zwanges haben, wenn sie etwas dafür gibt oder verspricht, daß die Rückforderung in die Sklaverei unterbleibt. Im ersten Falle liegt eine Unsittlichkeit vor, im zweiten nicht. Der Vertrag hat hier den Charakter eines erlaubten Vergleiches. Vgl. Unger Bd. 2 S. 50 Anm. 24; Schliemann a. a. O. S. 24.

16) l. 12 § 2, l. 23 § 1 D. h. t. 4, 2.

17) l. 9 § 1 D. h. t. Kohler, Geschäfte in Notlage in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 9.

18) Das Edikt lautete — l. 1 pr. D. h. t. — Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo; früher, d. h. wohl vor der Redaktion Julians, „quod vi metusve causa".

19) Die Klage hatte zuerst ein Prätor Octavius aufgestellt. Cicero in Verrem II, 3 cap. 65 § 152, ad Quintum fratrem I, 1, 7 § 21. Vgl. Lenel, edictum perpetuum S. 108 ff., Rudorff, über die Octavianische Formel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 131, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 115. Sie ist auch in Fällen absoluter Gewalt und selbst bei bloß tatsächlicher Vergewaltigung, z. B. Zerstörung von Gebäuden, zulässig, l. 9 pr. § 2 D. h. t. Gradenwitz a. a. O. S. 13 weist nach, daß die actio quod metus causa älter ist, als die entsprechende exceptio; gegen ihn Karlowa a. a. O. S. 1067 Anm. 1.

und gab eine exceptio metus causa gegen Klagen aus dem erzwungenen Geschäfte. Seitdem wurde die in integrum restitutio auf Fälle beschränkt, in welchen sie zweckmäßiger war, als eine Klage; namentlich galt sie gegen einen erzwungenen Erbschaftsantritt als zulässig.[20]

Mit der actio quod metus causa wurde der Erpressende in Anspruch genommen, außerdem wer etwas infolge des Zwanges erhalten hatte. Der Gegenstand der Klage war aber in beiden Fällen verschieden. Die Erpressenden hatten vollen Schadensersatz zu leisten, an der Erpressung nicht beteiligte Dritte dagegen nur herauszugeben, was infolge der widerrechtlichen Drohung in ihr Vermögen gelangte.[21]

Nach römischem Prozeßverfahren erließ der Richter der actio quod metus causa zunächst einen Befehl an den Beklagten, dem Klagebegehren nachzukommen. Im Fall des Ungehorsams des Beklagten folgte Verurteilung in das Vierfache.[22] Nach einem Jahre — annus utilis — ging die Verurteilung aber nur auf das Einfache.[23]

4. In einigen besonderen Fällen waren erzwungene Geschäfte nach römischem Rechte nichtig. Es gehörte hierher die erzwungene Eheschließung, denn die Ehe fordert ihrem Begriffe nach freie Einigung der Ehegatten.[24]

§ 92. Betrug.

1. Betrug — Dolus im engeren Sinne — ist absichtliche, den anderen Teil schädigende Täuschung bei einem Rechtsgeschäft.[1]

Der Betrug kann eine Erklärung bewirken, ohne den Willen zu derselben hervorzurufen, z. B. mittels betrügerischen Unterschiebens einer Vertragsurkunde zur Unterschrift. Die so vollzogene Erklärung ist nichtig, weil nicht gewollt. Gewöhnlich aber bezweckt der Betrug, sein Opfer zum Geschäftsschluß zu bestimmen. Gelingt dies, so kommt

---

20) l. 21 § 5 D. h. t., siehe oben Anm. 4, l. 85 D. de a. vel o. her. 29, 2.

21) l. 14 §§ 3, 5 D. h. t. 4, 2; herauszugeben ist auch, was für die erpreßte Sache erworben wurde, l. 18 D. eod.

22) § 27 J. de act. 4, 6, l. 14 § 1 D. h. t. 4, 2. Die Klage war arbitraria, siehe unten S. 238.

23) l. 14 §§ 1 ff. D. h. t. 4, 2.

24) Vgl. l. 22 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Auch erzwungene Manumissionen waren nach kaiserlichen Verordnungen nichtig, l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui et a quibus 40, 9.

1) Ziegler, Betrug beim Vertragsabschluß 1870, Regelsberger Bd. 1 § 146, Marie Raschke, der Betrug im Zivilrecht, Berlin 1895. Neben die actio doli trat in Rom die öffentliche Bestrafung wegen stellionatus, l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20, Ulpianus libro 8 de officio proconsulis: . . . quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Das deutsche Strafgesetzbuch § 263 bedroht Betrug mit öffentlicher Strafe. Strafrechtlicher und zivilrechtlicher Betrug fallen aber nicht zusammen. Der strafrechtliche fordert insbesondere die Absicht, „sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen", für den zivilrechtlichen Betrug ist dies nicht wesentlich. Es ist z. B. Täuschung zur Herbeiführung einer Heirat mit einer armen Frau, welche der Täuschende erhalten muß, zivilrechtlich Betrug. Das BGB. § 123 bezeichnet den zivilrechtlichen Betrug als „arglistige Täuschung". Der Zweck der Täuschung muß nicht notwendig die Schädigung des anderen Teils gewesen sein; es genügt das Bewußtsein, daß die Täuschung dessen Schädigung herbeiführen kann. RG. Bd. 23 S. 137.

das Geschäft zwar zustande, denn es ist gewollt und erklärt, aber wegen des Betrugs entkräftbar.

2. Das altrömische Recht gab nur in einzelnen, besonders schreienden Betrugsfällen dem Betrogenen Hilfe.[2] Ein großer Fortschritt auf dem Wege der Billigkeit, zugleich aber eine Abschwächung der Zuverlässigkeit der Verträge lag darin, daß die Prätoren seit Ende der Republik allgemein wegen Betrugs Klagen und Einreden zuließen.[3]

Sie gewährten aber die Klage nur gegen den Betrüger[4] und dessen Erben,[5] nicht gegen Dritte, gingen also nicht soweit, wie bei der actio quod metus causa. Denn Erpressung ist ein gefährlicherer Feind des Rechts als Betrug, meist auch offenkundiger.

3. Betrug kann in Vorspiegelung falscher Tatsachen durch Reden und Handeln oder in Unterdrückung wahrer Tatsachen durch Verschweigen liegen.[6] Mitteilung von unbegründeten Schlüssen oder von Vermutungen bildet dagegen keinen Betrug, ebensowenig Verschweigen begründeter Erwartungen. Es muß sich um Tatsachen handeln.

Unbedingte Offenheit bei Abschluß eines Geschäfts kann das Recht überhaupt nicht verlangen. Verschweigen von Tatsachen ist daher nur dann Betrug, wenn es sich um Umstände handelt, die im reellen Geschäftsleben angegeben zu werden pflegen, aber auch dann, wenn man sich täuschenderweise beim Geschäftsschluß den Anschein einer vollständigen Darlegung zu geben suchte, z. B. bei einem Prospekt über eine Aktiengesellschaft.

Gerede, welches vernünftigerweise den anderen Teil nicht bestimmen konnte — sog. Reklame — ist kein Betrug.

4. Nach seiner Wahl kann der Betrogene entweder

a) Beseitigung der Folgen des betrügerischen, sowie Schadensersatz

---

2) Es gehört hierher der Schutz der Minderjährigen gegen Betrug durch die lex Plaetoria, vgl. l. 7 § 1 D. de except. praescr. 44, 1, ferner das Edikt gegen denjenigen, „qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur", l. 7 pr. D. quod falso tutore 27, 6.

3) Die actio doli hat Ciceros Freund Aquilius Gallus zuerst aufgestellt: Cicero de natura deorum III, 30: de off. III, 14. Über die Einführung der exceptio doli vgl. l. 4 § 33 D. de dol. mal. exc. 44, 4. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 166; Vangerow Bd. 1 § 185 Anm. 1; Pernice, Labeo Bd. 2 Aufl. 2 S. 198; Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 116 S. 1077. Bei den bonae fidei judicia machte man die Ansprüche wegen Betruges durch die Kontraktsklage geltend. Dies gilt heutzutage bei allen Geschäften.

4) Dem Zessionar einer durch Betrug erworbenen Forderung steht die Einrede des Betruges, wie jede andere aus der Person des Zedenten entgegen. Siehe ferner l. 4 §§ 27, 31 D. de doli mali exc. 44, 4.

5) Nach römischem Rechte hafteten die Erben des Betrügers nur soweit, als etwas infolge des Betruges an sie gelangt war, l. 17 § 1, l. 29, l. 30 D. de dol. mal. 4, 3. Der Umfang der Haftung nach heutigem Rechte wird im Obligationenrechte erörtert werden.

6) l. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1. Florentinus libro 8 institutionum: Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat. Vgl. RG. Bd. 1 S. 299, l. 11 § 5 D. de a. e. v. 19, 1, l. 35 § 8 D. de contr. empt. 18, 1, wo als Betrug Verschweigen von solchen Eigenschaften der Kaufsache bezeichnet wird, die der Käufer nicht kannte und deren Kenntnis ihn, wie der Verkäufer wußte, vom Kauf abgehalten hätte. Anders RG. in Strafsachen Bd. 2 S. 430. Siehe ferner RG. Bd. 5 S. 177.

wegen Vereitelung des erhofften Geschäftes fordern — Rezissionsklage —, oder

b) Vergütung der Wertdifferenz zwischen dem wirklichen und dem vorgespiegelten Geschäft, bei dem er es beläßt — Differenzklage.[7]

V. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

a) Bedingungen.[1]

§ 93. Wesen der Bedingungen.

Bedingungen — condiciones — sind die von den Geschäftsparteien einem Rechtsgeschäfte zugefügten beschränkenden Bestimmungen, welche dessen Rechtswirkungen von künftigen ungewissen Ereignissen abhängig machen.[2] [3]

1. Das Wesen des bedingten Geschäftes besteht darin, daß es sich den verschiedenen Möglichkeiten der Zukunft anpaßt.[4] Sehr häufig hat aber die Bedingung den besonderen Zweck, den anderen Teil zu einem Handeln oder zu einem Unterlassen zu bestimmen. Es wird z. B. eine letztwillige Zuwendung an die Ehe mit einer gewissen Person oder an das Nichtwiederverheiraten geknüpft, oder einem Makler eine bestimmte Geldsumme zugesagt, falls der Verkauf eines Grundstückes durch seine Bemühung zustande kommt. Indem man durch solche Bedingungen die Geschäftswirkung in Abhängigkeit von Ereignissen der Zukunft setzt, sucht man diese Ereignisse herbeizuführen. Das Mittel hierzu ist nicht Auflegung einer Verpflichtung, sondern Angebot von Vorteilen für den Fall des erstrebten Verhaltens.[5]

---

7) Stellt der Betrogene die Rezissionsklage an, so muß er sich zur Herausgabe desjenigen, was er vom Betrüger empfing, Zug um Zug erbieten. Entsprechendes wird anzunehmen sein, wenn er die Rezission im Wege der Einrede geltend macht. Vgl. jedoch RG. Bd. 26 S. 185.

1) Die älteren Hauptwerke führt Thibaut, ziv. Abhandlungen S. 360 an. Im Jahre 1859 beklagte Fitting — in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 2 S. 24 — die unbegreifliche Vernachlässigung, welche die Lehre von den Bedingungen erfahren habe. Sie ist seitdem ein bevorzugtes Thema der Zivilisten geworden. Vgl. vorzugsweise Savigny Bd. 3 § 116; Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 39 n. 13; O. Wendt, vom bedingten Forderungsrecht 1872, das bedingte Forderungsrecht 1873; Adickes, Bedingungen 1876. Über Nebenbestimmungen überhaupt vgl. Scheurl, z. L. v. d. Nebenbestimmungen 1871, Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1888 und 1889, Bekker Bd. 2 S. 316, Brinz-Lotmar Bd. 4 §§ 536 ff., auch Karlowa, Rechtsgeschäft 1877; Mitteis, röm. Privatrecht Bd. 1 S. 167 ff. BGB. §§ 158 bis 162 ruhen im wesentlichen auf dem römischen Recht; sie sind ohne dasselbe kaum verständlich, vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 §§ 148 ff.

2) Die Definition ist die herkömmliche. Vgl. die Zusammenstellung bei Fitting, Begriff der Bedingung im Archiv für ziv. Praxis Bd. 39 S. 309 ff.

3) Das Wort Bedingung ist vieldeutig. Man bezeichnet als Bedingung einmal den Bestandteil der Willenserklärung, welcher das Geschäft von einem Tatbestand abhängig macht, dann diesen Tatbestand selbst. Vgl. noch Adickes a. a. O. S. 5. — In einem anderen Sinne versteht man unter Bedingungen eines Geschäftes alle getroffenen Vereinbarungen. In diesem Sinne sprechen wir von „Geschäftsbedingungen". Über die Verwertung des Ausdruckes condicio in Rom vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 26.

4) Jhering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3, Abt. 1 S. 166. 4. Auflage.

5) l. 41 D. de contr. emt. 18, 1. Julianus libro 3 ad Ursejum Ferocem: Cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, ut esset

2. Die Zufügung einer Bedingung hängt vom Ermessen der Beteiligten ab; sie ist Ausfluß ihrer Privatautonomie. Hierdurch unterscheiden sich die wahren Bedingungen — sog. condiciones facti — von Rechtsbedingungen — sog. condiciones juris —, welche ein Geschäft von Rechtswegen an künftige ungewisse Ereignisse knüpfen.[6] Eine Rechtsbedingung ist z. B. bei letztwilligen Zuwendungen die, daß der Bedachte den Erblasser überlebt.

3. Man streitet darüber, was bei einem bedingten Geschäfte bedingt, d. h. ungewiß, abhängig ist. Viele behaupten der Wille.[7] Aber das Wollen ist ein seelischer Vorgang, welcher sich mit dem Entschluß verwirklicht. Es war da oder nicht da. Hieran kann durch künftige Ereignisse nichts geändert werden. Wer sich — vielleicht erst nach langer Überlegung und ernstem Kampfe — entschlossen hat, eine bedingte Willenserklärung abzugeben, hat gewollt, auch wenn die Bedingung dereinst ausfällt. Nicht der Wille ist also ungewiß, sondern sein Erfolg — das Rechtsgeschäft in diesem Sinne. Mit anderen Worten die Rechtswirkung ist es, welche durch den Willen von der Bedingung in Abhängigkeit gesetzt wird.[8]

4. Die Bedingungen haben sich in Rom wahrscheinlich zuerst bei den letztwilligen Verfügungen entwickelt.[9] Da es deren Bestimmung ist, zukünftige Verhältnisse zu regeln, so ergibt es sich bei ihnen gleichsam von selbst, daß man die verschiedenen Möglichkeiten der Zukunft in das Auge faßt und hiernach verfügt. Bei Geschäften unter Lebenden sind die Bedingungen wohl später in Gebrauch gekommen,[10] bei zweiseitigen Geschäften, wie Kauf, Miete[11] und Gesellschaft,[12] nicht ohne Widerstreben. Schließlich wurde die Zulassung von Bedingungen Regel.[13] Gleich-

---

is sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ante kalendas Julias liberaret, quaesitum est, an utiliter agere possit ex empto in hoc, ut venditor eum liberaret. respondit: . . si vero sub condicione facta emptio est, non poterit agi, ut condicio impleatur. — Die Lehre von den Bedingungen wird zum großen Teil durch den Gedanken beherrscht, daß ihre Hauptbestimmung ist, eine Tätigkeit oder Unterlassung des bedingt Berechtigten hervorzurufen. Es ist dies die „Unterströmung", aus welcher sich zahlreiche Rechtssätze dieser Lehre erklären, die sonst schwer zu rechtfertigen wären. Vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 3 S. 40.

6) l. 43 § 10 D. de aedilicio edicto 21, 1, l. 21 D. de cond. et dem. 35, 1; Eisele, condiciones juris im Archiv für ziv. Praxis Bd. 54 n. 4.

7) So Fitting, Begriff der Bedingung im Archiv für ziv. Praxis Bd. 39 n. 13.

8) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 175, Pietzker im Archiv für ziv. Praxis Bd. 74 n. 15.

9) Schon die XII Tafeln enthielten Bestimmungen über bedingte Freilassung von Sklaven durch Testamente Ulp. frag. 2, 4.

10) Das Votum als bedingtes Geschäft gehörte freilich dem Sakralrecht an; Mitteis, a. a. O. S. 167.

11) Gaj. Inst. III § 146 . . . jam enim non dubitatur quin sub condicione res veniri aut locari possint, l. 20 pr. D. locati 19, 2.

12) l. 6 C. pro socio 4, 37 Justinianus A. Johanni: De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest. Vgl. die Erklärung dieser Stelle bei Mitteis a. a. O. S. 168 Anm. 5.

13) Nach älterem Recht waren Bedingungen bei mancipatio, fragm. Vat. § 329, und in jure cessio, fragm. Vat. § 49, ausgeschlossen. Auch die bedingte Bestellung des cognitor — des in bestimmter Redeformel ernannten Prozeßbevollmächtigten der älteren

wohl ließen manche Geschäfte, bei denen eine endgültige und fertige Erklärung verlangt wird, Bedingungen nicht zu.[14] Dies gilt noch heute für die Geschäfte des Familienrechts; insbesondere ist bedingte Eheschließung,[15] Kindesannahme,[16] Anerkennung eines Kindes unmöglich. Auch der Erwerb sowie die Ausschlagung einer Erbschaft kann nicht unter Bedingungen geschehen.[17]

5. Unbedingte Geschäfte nennt man „reine" — pura.[18] In weiterem Sinne verstehen wir hierunter Geschäfte ohne jede Nebenbestimmung.

§ 94. Form und Arten der Bedingungen.

1. Die einfachste Form bedingter Willenserklärungen gibt der Konditionalsatz mit „wenn", „si".[1] Aber der Verkehr wählt oft weniger prägnante Fassungen. Man sagt z. B., du erhältst das Darlehen unter der „Voraussetzung", daß dein Haus innerhalb eines Jahres fertig gestellt wird. Dies ist eine Bedingung. Man spricht auch wohl den einheitlichen hypothetischen Gedanken in verschiedenen Sätzen aus, z. B. ich bewillige dir das Darlehen; dasselbe wird nach Vollendung des Baues deines Hauses ausbezahlt.

2. Man unterscheidet folgende Arten von Bedingungen:

a) solche des *Geschehens*, *affirmative*, wenn sie eine *Veränderung*, oder solche des *Unterlassens*, *negative*, wenn sie eine *Nichtveränderung* zur Erfüllung fordern. Die Formulierung der affirmativen Bedingung ist meist eine bejahende, die der negativen eine verneinende. Doch die Fassung ist nicht das Entscheidende;[2] die Bedingung „wenn du ledig bleibst" ist z. B. nicht minder negativ, wie wenn sie lautete „wenn du nicht heiratest", denn in beiden Fassungen wird eine Nichtveränderung verlangt.

b) Die Bedingungen sind ferner *potestative* oder *kasuelle*.[3]

Zeit — war unzulässig; dagegen konnte ein procurator unter Bedingungen und Zeitbestimmungen ernannt werden, l. 3 D. de proc. 3, 3; vgl. unten S. 240 ff.

14) l. 77 D. de R. J. 50, 17. Papinianus libro 28 quaestionum: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem. nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt . . . Vgl. Enneccerus, Suspensivbedingungen §§ 3 ff.; Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 164 ff.; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 237. Statt der emancipatio mag ursprünglich die mancipatio genannt worden sein. Die datio tutoris schloß die Bedingung aus, wenn sie durch Verfügung des Magistrats, nicht aber testamentarisch erfolgte; Mitteis a. a. O. S. 169.

15) BGB. § 1317 Abs. 2.

16) l. 34 D. de adoptionibus 1, 7. BGB. § 1742.

17) BGB. § 1947, vgl. § 2180 Abs. 2. Eine Bedingung läßt u. a. nach BGB. nicht zu die Erklärung einer Aufrechnung § 388, eine Auflassung § 925 Abs. 2, vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 148.

18) l. 2 D. de in diem addict. 18, 2, siehe unten § 94 Anm. 7.

1) Vgl. Scheurl, Nebenbestimmungen S. 84.

2) Anders Savigny Bd. 3 S. 127, vgl. Bekker Bd. 2 S. 328.

3) l. un. § 7 C. de caducis tollendis 6, 51; Maaßen, Ziv. Erörterungen I. Potestativbedingungen.

Die potestativen verlangen zur Erfüllung eine Handlung oder Unterlassung des bedingt Berechtigten. Man nennt sie rein potestativ, wenn ihre Erfüllung ausschließlich vom Willen des Berechtigten abhängig ist, z. B. „wenn er will" oder „wenn er den N. zum Erben einsetzt",[4] und gemischte, wenn ihre Verwirklichung außer der Willenserklärung des Berechtigten den Hinzutritt anderer Umstände fordert, z. B. „wenn du den X. heirateſt".

Eine wichtige Art der Potestativbedingungen bilden die negativen, — condiciones in non faciendo —, die ein Unterlassen, z. B. Nichtwiederverheiraten zur Bedingung setzen.[5]

Kasuell sind die Bedingungen, bei deren Erfüllung der Wille des bedingt Berechtigten nicht mitzuwirken hat. Sie können in Naturereignissen bestehen, z. B. im Falle der Wiederholung eines Erdbebens, oder in Handlungen Dritter.

c) Die wichtigste Einteilung der Bedingungen ist in aufschiebende — suspensive — und in auflösende — resolutive.

Die aufschiebenden bedingen das Zustandekommen des Geschäftes oder auch einzelner Modalitäten eines an sich unbedingten Geschäftes.[6] Man behält sich z. B. bei einem Kaufe vor, daß die Zahlung des Kaufpreises in gewissen Aktien statthaft ist, wenn sie einen regelmäßigen Börsenkurs erlangen sollten.

Auflösende Bedingungen bezwecken die eventuelle Aufhebung eines Geschäftes, z. B. eines Verkaufs für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises, oder eines zugunsten der Söhne und der Agnaten des Stifters angeordneten Familienfideikommisses für den Fall, daß der Stifter bei seinem Tode nur Töchter hinterläßt.

Bei der Resolutivbedingung verbindet sich mit dem Hauptgeschäfte ein Nebenvertrag, welcher dasselbe bedingtermaßen aufhebt. Die Bedingung dieses Nebenvertrags ist eine aufschiebende.[7] Mit

4) Hiervon handelt l. 4 § 1 D. de hered. inst. 28, 5. Ulpianus libro 4 ad Sabinum: Puto recte generaliter definiri: utrum in potestate fuerit condicio an non fuerit, facti potestas est: potest enim et haec „si Alexandriam pervenerit" non esse in arbitrio per hiemis condicionem: potest et esse, si ei, qui a primo miliario Alexandriae agit, fuit imposita: potest et haec „si decem Titio dederit" esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere . . .

5) l. 7 pr.. l. 77 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 7 D. de verb. obl. 45, 1.

6) Adickes, Bedingungen S. 28.

7) So sprechen sich in der Tat die römischen Juristen aus, l. 2 pr. D. de in diem addictione 18, 2. Ulpianus libro 28 ad Sabinum: Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis. Vgl. l. 4 pr. D. eod., l. 1 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Hiernach stellt auch Paulus libro 54 ad edictum l. 2 § 3 D. pro emptore 41, 4 die Frage, ob eine Klausel eine aufschiebende oder auflösende Bedingung enthalte, in folgender Art: sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur — emptio — quam implebitur. Vgl. aber auch Brinz Bd. 4 § 536 S. 112.

ihrer Existenz tritt der Nebenvertrag in Wirksamkeit und löst das Hauptgeschäft auf.[8] Nur indem man diese Endwirkung ins Auge faßt, kommt man dazu, das Geschäft in seiner Gesamtheit als resolutiv bedingt zu bezeichnen.

§ 95. Uneigentliche Bedingungen.

Uneigentliche Bedingungen — Scheinbedingungen — haben die Form, nicht aber das Wesen der Bedingungen. Einige sind wirkungslos, andere haben zwar rechtliche Bedeutung, aber nicht diejenige wahrer Bedingungen.

1. Scheinbedingungen sind die sog. notwendigen Bedingungen, d. h. unausbleibliche Ereignisse. Sie können auch negative sein. Solche Bedingungen bezeichnete man mit Unrecht als negativ unmögliche,[1] denn es handelt sich nicht um eine Unterart der Unmöglichkeit, sondern um Notwendiges.

Notwendige Bedingungen sind in Wahrheit nicht bedingend, aber sie befristen unter Umständen das unbedingte Geschäft.[2] Verspricht z. B. A. dem B. 100, wenn C. sterben sollte, so liegt hierin eine Befristung, aber keine Bedingung.[3]

2. Bedeutungslos ist auch die bloße Wiederholung einer Rechtsbedingung,[4] z. B. in der Bestimmung des Erblassers: „wenn mich meine Frau überlebt, soll sie meine Erbin sein"; denn ohnehin kann nur Erbe werden, wer den Erblasser überlebt, — oder: „wenn meine Erben die Erbschaft angetreten haben, sollen sie dem Titius 1000 als Vermächtnis zahlen"; denn Vermächtnisse werden von Rechts wegen nur geschuldet, wenn die Erbschaft angetreten wird.[5]

3. Auf die Vergangenheit oder die Gegenwart gestellte Be-

---

8) Die Auffassung hat namentlich Thibaut, zivilistische Abhandlungen S. 360 ff. vertreten. Sie ist die herrschende; doch findet sie auch Widerspruch, siehe Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 6, der aber mit Recht bemerkt: welches die Auffassung der Quellen sei, kann doch kaum zweifelhaft sein. Vgl. die Stellen der Anm. 7.

1) l. 7 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 6 ad Sabinum geht von solcher Auffassung aus: Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi „si in caelum non ascenderit": nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet. Vgl. Scheurl a. a. S. S. 107.

2) l. 9 § 1 D. de novat. 46, 2. Eine Folge zieht aus dem Satze l. 18 D. de cond. indebiti 12, 6.

3) Vgl. l. 8 D. de verb. obl. 45, 1. Ein derartiges Versprechen enthält eine Bedingung, wenn es davon abhängig sein soll, daß die Vertragschließenden zur Zeit des Todes des C. noch leben; denn das ist ungewiß.

4) Vgl. oben § 93, 2, 3.

5) Eine wahre Bedingung nahmen die Römer an, wenn der Erblasser das Legat an den Zusatz knüpfte: „wenn es der Legatar will", l. 69 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 65 § 1 D. de leg. I. Dies um deswillen, weil von Rechts wegen das Legat ohne Wissen und Willen des Legatars erworben wird, aber durch ihn zurückgewiesen werden kann. Der Zusatz enthält also etwas vom Rechte Verschiedenes — eine Bedingung. Der heutige Erblasser wird so fein nicht distinguieren.

dingungen — in praeteritum oder in praesens collatae — sind keine wahren Bedingungen; denn sie knüpfen das Rechtsgeschäft an etwas schon Entschiedenes.[6] Waren die Geschäftsschließenden, wie in solchen Fällen die Regel ist, im Ungewissen über das Ereignis, so gibt die Zukunft doch nur eine *Aufklärung* über das Geschehene, nicht die *Erfüllung einer Bedingung*.

4. Auch *unmögliche* Bedingungen sind nur uneigentliche. Es sind dies Bedingungen, die sich *nicht erfüllen können*.

Unmögliche Bedingungen *vernichten*, wenn sie als aufschiebende gefaßt sind, die Verfügungen *unter Lebenden*;[7] als Resolutivbedingungen sind sie wirkungslos.

Letztwillige Verfügungen aber unter aufschiebenden unmöglichen Bedingungen sind *rechtsbeständig*. Die Bedingung gilt als nicht geschrieben. Wie sich das erklärt, ist im Erbrecht zu erörtern.

5. Den unmöglichen Bedingungen stehen die *unsittlichen* gleich. Unsittlich sind namentlich Bedingungen, welche eine unsittliche Handlung oder Unterlassung zur Erfüllung fordern, z. B. „wenn du die Fabrik des A. niederbrennst, erhältst du 100". Aber auch ethisch zulässige Handlungen oder Unterlassungen gelten als unsittliche Bedingung, wenn ihre *Einfügung* dem *Geschäfte* den Charakter des Unsittlichen, insbesondere einer Erpressung aufdrückt, z. B. „versprichst du mir 1000, wenn ich dir deine bei mir hinterlegten Papiere herausgebe?"[8] [9]

6. *Perplexe* — widersinnige — Bedingungen sind von unmöglichen verschieden. Sie enthalten einen *inneren Widerspruch*. Daher

---

6) l. 37 D. de reb. cred. 12, 1. Papinianus libro 1 definitionum: Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur, et si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorent, veluti „si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes?" eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur. l. 38. Scaevola libro 1 quaestionum: Respiciendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire eam debitu iri. l. 39. Papinianus libro 1 definitionum: Itaque tunc potestatem condicionis optinet, cum in futurum confertur; l. 10 § 1 D. de condic. inst. 28, 7. Eine besondere Auffassung hat Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 39 S. 326 ff. und Unger Bd. 2 § 82 Anm. 15; vgl. ferner Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 132, aber auch Scheurl a. a. O. S. 100 ff.; Bekker Bd. 2 S. 321, Brinz-Lotmar Bd. 4 § 536.

7) § 11 J. de inut. stip. 3, 19, l. 1 § 11, l. 31 D. de obl. et act. 44, 7, l. 29 D. de fidejuss. 46, 1, l. 137 § 5 D. de verb. obl. 45, 1. Vgl. aber auch l. 9 § 6 D. de reb. cred. 12, 1. Ulpianus libro 26 ad edictum: Item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili condicione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.

8) Über unsittliche Bedingungen vgl. Brinz-Lotmar Bd. 4 § 539, Hölder, Pand. § 51, welcher die zweite Art der unsittlichen Bedingungen nicht übel als „taptatorische" bezeichnet.

9) Regelsberger Bd. 1 § 153 bezeichnet allgemein *Geschäfte* unter Lebenden, welche mit einer unsittlichen auflösenden Bedingung behaftet sind, als *ungültig*. Mit Unrecht. Wenn z. B. A. sein Haus dem B. so verkauft, daß der Kauf aufgehoben sein soll, wenn A. aus dem Zuchthaus kommt und in dem Hause ein Bordell errichten will, so ist nach Logik und Zweckmäßigkeit die auflösende Bedingung nichtig, der Kauf aber unbedingt. Anders nur, wenn die auflösende Bedingung dem *Geschäfte* als solchem einen unsittlichen Charakter gibt. So Savigny Bd. 3 S. 193.

vernichten sie als Suspensivbedingungen die Verfügung, auch die letztwillige.[10] Perplexe Resolutivbedingungen gelten als nicht geschrieben.[11]

§ 96. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung.[1]

Die herrschende Ansicht behauptet, es sei unmöglich, Geschäfte durch Bedingungen in die Willkür des Promittenten zu stellen. Denn eine Einwilligung unter der Bedingung der Einwilligung sei in der Tat keine.[2] Nur auf eine sonstige Handlung des bedingt Verpflichteten oder auf dessen sachverständiges Ermessen gestellte Bedingungen seien zulässig. Mit dieser Theorie stimmt nicht, daß sowohl die Quellen als auch das moderne Recht den Kauf auf Probe kennen, welcher unter der Bedingung geschlossen wird, daß die Ware dem Käufer gefällt.[3] Denn die Erklärung des Gefallens oder Nichtgefallens steht ausschließlich in der Willkür des Käufers. Das Richtige ist wohl folgendes. — Es sind zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden:

a) Die Erklärung, daß man in ein angetragenes Geschäft je nach Gefallen künftig eintreten werde, hat häufig den Sinn, daß man den Abschluß für jetzt ablehnt und nur in juristisch unverbindlicher Weise einen eventuellen Geschäftsschluß in Aussicht stellt. So, wenn man einem Kaufmann erklärt, man wolle die angebotene Sache kaufen, falls man nächsten Weihnachten Bedarf oder Geld haben werde. Selbst wenn der Kaufmann seine Zufriedenheit damit erklärt, kommt das Geschäft nicht zustande; es liegt Dissens vor, nicht Konsens.[4]

---

10) l. 188 D. de R. J. 50, 17. Vgl. l. 16 D. de condic. institutionum 28, 7. Marcianus libro 4 institutionum: „Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto". Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit. Hierüber siehe jedoch E. A. Seuffert im Archiv für ziv. Praxis Bd. 68 n. 10.

11) Vgl. indessen Kipp bei Windscheid § 93 Anm. 8.

1) Die Fragen, welche hier in Betracht kommen, wurden neuerdings im Anschluß an den Kauf auf Probe in einer Reihe interessanter Aufsätze erörtert. Zuvörderst behandelte Goldschmidt den Kauf auf Probe eingehend und allseitig in seiner Zeitschrift Bd. 1 n. 5, 9, 11; ihm folgte Fitting daselbst Bd. 2 n. 5; wiederum Unger daselbst Bd. 3 n. 7 und Fitting daselbst Bd. 5 n. 3. Die Resultate dieser Aufsätze stellte zusammen Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 46 n. 11. Vgl. hierzu Unger in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 6, Franz Leonhard in ders. Zeitschr. Bd. 39 n. 4.

2) Die herrschende Ansicht hat namentlich Unger a. a. O. ausgeführt. Sie vertreten auch Windscheid Bd. 1 § 93, Brinz a. a. O. § 539; vgl. aber Regelsberger Bd. 1 § 153.

3) § 4 J. de empt. et vend. 3, 23. Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione veluti „si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot".

4) Die römischen Juristen faßten Fälle ins Auge, in welchen die Promittenten gerade um deswillen auf ihr künftiges Wollen verwiesen, weil sie sich noch nicht binden wollten. Hiervon abstrahierte man als allgemeine Regel, daß solche Versprechen keine Obligationen erzeugten, l. 8 D. de obl. et act. 44, 7. Pomponius libro 16 ad Sabinum: Sub hac condicione „si volam" nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis . . . l. 7 pr. D. de contr. empt. 18, 1, l. 17, l. 46 § 3, l. 108 § 1 D. de verb. obl. 45, 1, l. 13 C. de contrahenda emptione 4, 38. Diocletianus et Maximianus: In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.

b) Ganz anders aber, wenn man ein Geschäft abschließt unter der Bedingung, daß man dabei stehen bleiben werde, wenn die verkaufte Ware zusage. Hier liegt *Konsens* vor, obgleich der Teil, welcher sich seinen weiteren Entschluß noch vorbehält, vorerst freie Hand hat; seine künftige Erklärung bildet nicht erst den Vertragsschluß, sondern die Erfüllung der Bedingung des geschlossenen Vertrags. Einseitig abgegeben, perfiziert sie das Geschäft; es bedarf keiner Annahme von der Gegenseite, wie dies der Fall wäre, wenn der Abschluß des Vertrages noch ausstände. Die zu erwartende Erklärung ist auch nicht an die Formen gebunden, welchen der Geschäftsschluß selbst unterliegt.

Nicht selten behauptet man, daß Bedingungen, deren Erfüllung vom *Willen des Promittenten* abhängig sei, einer besonderen Behandlung unterlägen, daß insbesondere bei ihnen Rückziehung nicht stattfinde. Dies läßt sich nicht beweisen.[5]

§ 97. Suspensivbedingungen. Schwebezustand.[1]

Das bedingte Geschäft ist zunächst in einem *Schwebezustand* — in pendenti. Erst die Folgezeit bringt die Entscheidung, und zwar entweder die *Erfüllung* — condicio exsistit —, wodurch das Geschäft vollwirksam wird, oder das *Ausfallen* der Bedingung — condicio deficit —, womit es als vereitelt gilt.

1. Inzwischen *besteht das Recht noch nicht*, welches vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht wurde. Noch kann die Erfüllung nicht beansprucht werden.[2]

Wenn dennoch der bedingte Schuldner, weil er die Bedingung nicht kennt oder für eingetreten erachtet, *aus Irrtum* zahlt, so ist er, solange die Bedingung schwebt, zur Rückforderung mit der condictio indebiti berechtigt;[3] nur kann, wenn er kautionspflichtig sein sollte, der Gläubiger

---

Allein dies war doch nur die eine Seite. Die andere ist den Römern nicht entgangen, wie sich in der Anerkennung des Kaufes auf Probe zeigt, vgl. oben Anm. 3. Damit haben sie stillschweigend, aber deutlich richtiggestellt, worin sie in ihren allgemeinen Aussprüchen zu weit gingen. Sie betrachten es als eine Frage der Auslegung, ob man sich durch die Verweisung auf künftige eigene Entschlüsse noch gar nicht binden, oder ob man sich bedingt binden wolle. Das erstere nahmen sie an, wenn man verspricht, „si volam", das letztere „si Stichus mihi placuerit". Dies entspricht der Weise, wie man sich im Verkehr auszudrücken pflegt. Diesen Gedanken hat mit Recht Fitting a. a. O. verteidigt.

5) Die Frage behandelt besonders eingehend Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 391.

1) Vgl. Wächter, Württ. Privatr. Bd. 2 S. 196 ff.; Scheurl a. a. O. S. 122; Wendt, vom bedingten Rechtsgeschäfte S. 2 ff. Regelsberger Bd. 1 § 155. Römer, bedingte Novation; Knieb, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation.

2) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1 sagt: Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, *cum nihil interim debeatur* ... l. 213 D. de V. S. 50, 16, § 4 J. de verb. obl. 3, 15: ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.

3) l. 16 pr. D. de cond. indebiti 12, 6. Pomponius libro 15 ad Sabinum:

das Gezahlte als Kaution zurückhalten. Hat aber der bedingt Schuldende, wissend, daß die Bedingung noch schwebt, geleistet, so liegt hierin zunächst Stellung einer Kaution und erst nach Eintritt der Bedingung Schuldtilgung.[4]

Wird Eigentum unter einer Bedingung übertragen, so bleibt während ihres Schwebens der Veräußernde noch der Eigentümer der Sache; er kann sie vindizieren,[5] verkaufen, belasten.[6] Durch ihre Aushändigung erhält der bedingt Berechtigte nur juristischen Besitz,[7] und macht sich daher durch gewinnsüchtige Veräußerung der Unterschlagung schuldig.

2. Das Geschäft sichert bereits von seinem Abschluß an die Anwartschaft des bedingt Berechtigten. Dies bewährt sich in folgenden Rechtssätzen.

a) Alter Zeit entstammt die Regel des jus civile: quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset.[8] Es erscheint als Wiedervergeltung gegenüber dem bedingt Belasteten, daß die Bedingung als erfüllt gilt, wenn er deren Vereitelung herbeiführt. Die Regel greift aber nicht Platz, wenn die Bedingung gerade seiner Entschließung anheimgestellt sein sollte, z. B. im Falle eines Kaufes auf Probe. Keineswegs aber ist, was manche behaupten, zum Eintritt der Regel Dolus des bedingt Verpflichteten notwendig. Erfordert ist vielmehr nur, daß er die Erfüllung wider den Sinn des Geschäftes absichtlich vereitelt.[9]

Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem exsistente repeti non potest, l. 48 D. eod., l. 38 § 3 D. de solut. 46, 3.

4) l. 16 D. de solut. 46, 3.

5) Vgl. l. 66 D. de rei vind. 6, 1. Hat der Veräußerer den bedingt Berechtigten in den Besitz gesetzt, so ist derselbe gegen die Vindikation desselben bis zur Entscheidung der Bedingung geschützt, l. 7 § 3 D. de jure dotium 23, 3.

6) Jedes dingliche Verfügungsrecht stand dem Veräußerer zu; l. 105 D. de cond. et dem. 35, 1; l. 11 § 1 D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6; l. 13 § 1 D. de pign. 20, 1. Ausnahmsweise war es ihm entzogen, wo es sich absolut nicht mit den Anrechten des bedingt Berechtigten vertrug, so daß seine Ausübung eine fraus gebildet hätte, l. 11 D. de manum. 40, 1; l. 34 D. de religiosis 11, 7.

7) Denkbar ist auch, daß der bedingt Berechtigte bei der Übergabe nur bedingterweise juristischen Besitz, zunächst aber bloße Detention erhält, l. 38 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2. Mit Recht verneint aber Jhering, daß diese Konstruktion als die regelmäßige anzusehen sei; es liege in ihr etwas überaus Künstliches. Gegen Jhering jedoch Scheurl a. a. O. S. 141 ff.

8) Ulpianus libro 77 ad edictum l. 161 D. de R. J. 50, 17. Ulpian hat hier den Ausspruch Julians in der l. 24 D. de cond. et dem. 35, 1 im wesentlichen wörtlich abgeschrieben. Die Vergleichung der beiden Stellen ergibt, daß in der l. 24 ein „non" vor „impleri" trotz der Florentina zu ergänzen ist. — Daß die Regel zuerst für testamentarische Freilassungen eingeführt war, dann von der Mehrzahl der Juristen auf andere letztwillige Verfügungen übertragen wurde und schließlich bei Geschäften unter Lebenden Anwendung fand, geht aus den Ausführungen Julians und Ulpians deutlich hervor. Vgl. noch l. 3 § 9 D de cond. causa data 12, 4, l. 50 D. de contr. empt. 18, 1, l. 5 § 5 D. quando dies 36, 2, l. 85 § 7 D. de verb. obl. 45, 1.

9) ROHG. Bd. 21 S. 125, vgl. RG. Bd. 10 S. 296, Bd. 14 S. 161, Seuffert Archiv Bd. 36 n. 9. Nach BGB. § 162 Abs. 1 gilt die Bedingung als eingetreten, wenn ihr Eintritt „wider Treu und Glauben" verhindert wurde.

b) Der bedingt Verpflichtete ist dem anderen Teile wegen schuldhafter Handlungen, insbesondere wegen Beschädigung, Zerstörung der geschuldeten Sache während der Schwebezeit verantwortlich.[10]

c) Er hat Sicherheit zu leisten, und zwar bei Vermächtnissen schlechthin,[11] —, bei Geschäften unter Lebenden im Falle der Gefährdung.[12]

d) Der bedingte Anspruch kann im Konkurse des Schuldners angemeldet werden.[13]

e) Er ist veräußerlich und verpfändbar.[14]

§ 98. Die Entscheidung der Bedingung.

1. Affirmative Bedingungen gelten als erfüllt, wenn sich die zur Bedingung gesetzten Begebenheiten verwirklichen, als vereitelt, wenn es feststeht, daß sie sich nicht verwirklichen;[1] negative Bedingungen sind erfüllt, wenn es sicher ist, daß sich nicht ereignet, was nach der Bedingung nicht geschehen soll, ausgefallen, wenn es sich ereignet.[2]

2. Nicht selten entstehen Zweifel über die Tragweite der Bedingungen. Sie sind nicht einseitig nach dem Wortlaut, sondern nach der zugrunde liegenden Absicht zu beurteilen, wobei der Zweck des Geschäftes und dessen Gesamtrichtung die Anhaltspunkte geben.[3]

a) Die Auslegung von Potestativbedingungen veranlaßt namentlich Streitigkeiten.[4] Genügt es, daß der bedingt Berechtigte alles tat, was

10) arg. l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Der Anspruch wegen der schuldhaften Handlung wird erst fällig nach Erfüllung der Bedingung. Bis dahin ist auch er bedingt.

11) Ausnahme wenn der Erblasser die Kaution erläßt. l. 2 C. ut in possessionem legatorum 6, 54.

12) l. 41 D. de judiciis 5, 1, l. 38 pr. D. pro socio 17, 2. Gegen die Verpflichtung des Schuldners, für die Erfüllung einer bedingten Schuld Realsicherheit zu leisten, Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 451. Zum Schutz bedingter Ansprüche sind einstweilige richterliche Verfügungen möglich.

13) Vgl. KO. §§ 54 Abs. 3, 67, 96, 154, 156, 168 Ziff. 2, 169, 171. Im Corpus juris besteht anscheinend eine Antinomie, vgl. l. 6 pr., l. 14 § 2 D. quibus ex causis 42, 4. Dernburg, emtio bonorum S. 97 ff.; Wendt a. a. O. S. 38 ff.

14) Bezüglich der bedingten Legate erregt Zweifel l. 41 D. de cond. 35, 1. Vgl. aber RG. Bd. 8 S. 192.

1) Ist eine Handlung zur Bedingung gemacht, so muß sie in der Regel sobald als möglich vorgenommen werden, bei unentschuldigter längerer Verzögerung gilt die Bedingung als ausgefallen. l. 29 D. de cond. 35, 1. Julianus libro 1 ad Ursejum Ferocem: Haec condicio „si in Capitolium ascenderit“ sic recipienda est „si cum primum potuerit Capitolium ascendere“.

2) Sind die negativen Bedingungen an eine Zeit gebunden, so sind sie erfüllt, wenn die Zeit verfloß, ohne daß das verpönte Ereignis geschah. Die Erfüllung negativer Potestativbedingungen, welche an keine Zeit gebunden sind, ergibt sich in der Regel erst mit dem Tode des bedingt Berechtigten, da nicht früher ausgeschlossen ist, daß er die verpönte Handlung, z. B. eine Wiederverheiratung, noch vornimmt, § 4 J. de verb. obl. 3, 15. Die verpönte Handlung kann jedoch unter Umständen auch früher unmöglich werden, z. B. „wenn du die Titia nicht heiratest“, und die Titia stirbt.

3) l. 101 pr. D. de cond. 35, 1, l. 19 D. eod.

4) Eine Bedingung, welche durch eine Handlung des Bedachten zu erfüllen ist, fällt aus, wenn dieser zu der Zeit, in welcher er sie vornehmen konnte, dem andern Teil erklärt, daß er sie nicht vornehmen wolle; er steht damit von seinem Rechte ab. Bekker Bd. 2 S. 332.

zu ihrer Verwirklichung erfordert war, auch wenn der Erfolg ausblieb, oder ist dessen Eintritt unerläßlich? Bei *letztwilligen Zuwendungen*, die an eine Handlung des bedingt Berechtigten geknüpft sind, welche nur *unter Mitwirkung eines mittelbar interessierten Dritten vollziehbar* ist, genügt kraft Rechtssatzes die erklärte *Bereitschaft des bedingt Berechtigten* zu der zur Bedingung gemachten Handlung, auch wenn diese an der Weigerung jenes Dritten scheitert.[5] Wer z. B. zum Erben unter der Bedingung der Ehe mit der X. eingesetzt ist, erfüllt die Bedingung schon durch einen Heiratsantrag, wenn er auch zurückgewiesen wird.

Auf Geschäfte unter Lebenden ist dieser Satz nicht zu beziehen.[6]

b) Besteht die Bedingung in einer Handlung, die *wiederholt* werden kann, z. B. in einer Gabe an die Armen von 1000 Mark, so reicht es in der Regel nicht aus, daß eine derartige Handlung zufällig in Unkenntnis der Verfügung geschah; vielmehr gilt die Bedingung nur als erfüllt, wenn die Handlung in Kenntnis der Verfügung vor sich ging.[7]

3. Es ist oben ausgeführt, daß es der Erfüllung der Bedingung gleichsteht, wenn der durch das Geschäft Verpflichtete kontraktwidrig diese Erfüllung hindert.[8]

§ 99. Rechtsfolgen der Entscheidung.

1. Mit dem *Ausfallen* der Bedingung ist das Geschäft *vereitelt*. Inzwischen zu seiner Ausführung oder behufs Sicherstellung Geleistetes muß zurückerstattet werden. Die Rückforderung kann bei Geschäften die auf Vertrag beruhen, durch die Kontraktsklage geschehen.[1]

2. *Eintritt* der Bedingung *vollendet* das Geschäft. Nunmehr

---

5) l. 5 § 5 D. quando dies 36, 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum: Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat quo minus impleatur, sed aut per heredem aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere condicioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: ut puta si jussus sim heredi decem dare et ille accipere nolit. sed et si ita mihi legatum sit, si Sejam uxorem duxero, nec ea velit nubere, dicendum erit diem legati cedere, quod per me non stat, quo minus paream condicioni, sed per alium stat, quo minus impleatur condicio, l. 3, l. 11, l 23 D. de cond. inst. 28, 7. Vgl. Maaßen, Erörterungen S. 5 ff. Savigny Bd. 3 S. 138 — im wesentlichen ebenso Brinz Bd. 4 § 543. — Die römischen Juristen waren indessen über die Tragweite der Präsumtion nicht einig, vgl. einerseits l. 23 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 31, l. 94 pr., l. 112 § 1 D. de cond. 35, 1, l. 20 § 2 D. de statuliberis 40, 7 und andererseits l. 54 § 2 D. de leg. I. Vgl. auch Regelsberger Bd. 1 § 154 Anm. 4. BGB. § 2076 besagt: Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den *Vorteil eines Dritten*, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritte der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert.

6) So auch Windscheid Bd. 1 § 92 Anm. 3; anderer Ansicht u. a. Savigny B. 3 S. 140, zweifelnd Brinz a. a. O.

7) l 2, l. 11 § 1 D. de cond. 35, 1, vgl. jedoch Bangerow Bd. 2 § 435 S. 118.

8) Siehe oben § 97.

1) l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, l. 21 D. de solut. 46, 3; vgl. l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Ohne Zweifel kann auch der zur Rückerstattung Verpflichtete wegen etwaiger Verschuldung in Anspruch genommen werden.

erst hat der bedingte Schuldner zu leisten. Deshalb muß die Möglichkeit der Erfüllung *jetzt* vorhanden sein. Ein bedingter Kauf z. B. wird nur perfekt, wenn die Kaufsache zur Zeit des Eintritts der Bedingung noch existiert.[2] [3]

Der Eintritt der Bedingung ist eine *rechtsbestätigende* Tatsache.[4] Um deswillen spricht man von *einer Rückziehung* — Retrotraktion — der Bedingung.

Die Theorie der Bedingungen verliert ihren Halt, wenn man, wie dies manche tun, die Rückziehung leugnet.[5] [6] Aber man geht auch fehl,

---

2) l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, l. 10 § 5 D. de jure dotium 23, 3. Beim bedingten Kauf trifft daher den Käufer die Gefahr der Verschlechterung, nicht aber des Unterganges der Kaufsache während der Schwebezeit. Über die Verantwortlichkeit des Verkäufers, welchem der Untergang der Kaufsache zur Last fällt, vgl. oben § 97 Anm. 10.

3) Umgekehrt genügt es, daß die Möglichkeit der Vertragserfüllung im Augenblicke des Eintrittes der Bedingung besteht, wenn sie auch zur Zeit des Geschäftsschlusses nicht bestand, l. 31, l. 98 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

4) Vgl. das oben § 70 Ausgeführte.

5) Ob die Bedingung rückwirkende Kraft habe, ist seit langer Zeit streitig. Die Kontroverse ist um so hartnäckiger, weil man unter der Rückziehung der Bedingung Verschiedenes versteht. Die Hauptschriften über die Frage siehe bei Windscheid Bd. 1 § 91. Windscheid selbst stellt die Rückwirkung in den Willen der Parteien; im Zweifel sei sie zu verneinen. Ebenso Regelsberger Bd. 1 § 156. Von dieser Konstruktion geht wohl auch BGB. §§ 158, 161 aus. Hierüber Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 165 ff. Die Annahme einer Rückziehung ist befriedigender, obgleich sie auch in den Quellen als streitig erscheint: a) Die Rückziehung der Forderungsrechte behandelt l. 11 § 1 D. qui pot. 20, 4. Gajus libro singulari de formula hypothecaria: Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat condicio, ut potior sit qui postea redidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio extitit, *perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset.* Es wird also das Datum des Geschäftsschlusses als maßgebend erklärt. Ähnlich l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, Paulus: „obligatos esse — quasi jam contracta obligatione — in praeteritum." Vgl. auch l. 16 D. de solut. 46, 3. Wichtige Argumente dagegen bei Mitteis, röm. Privatrecht S. 174. Die zit. Fragmente lehnt er ab, freilich ohne sie zu widerlegen. b) Besonders streitig ist die Frage der *bedingten Eigentumsübertragung*. Für die Annahme der Rückziehung auch in diesem Fall ist W. Sell, bedingte Traditionen 1839, gegen dieselbe Enneccerus a. a. O. S. 442, und namentlich Mitteis a. a. O. S. 173; vgl. auch Bangerow Bd. 1 § 95 S. 146. Auch hier finden sich bei den römischen Juristen Meinungsverschiedenheiten; darauf weist u. a. die — übrigens mehrfach interpolierte — l. 9 § 1 D. de jure dotium 23, 3 von Ulpian, verglichen mit l. 2 § 5 D. de donat. 39, 5 von Julian hin. Wer aber die Rückziehung leugnete, mußte zu dem Ergebnis kommen, daß die Tradition unwirksam sei, wenn der Empfänger oder Tradent vor Eintritt der Bedingung stirbt. Dies aber wäre eine sehr anfechtbare Folge. Schon deshalb fand die Rückziehung im Fall einer bedingten Eigentumsübergabe Anerkennung, vor allem in der zitierten l. 9 § 1 D. 23, 3, l. 8 D. de reb. cred. 12, 1. Pomponius libro 6 ex Plautio: Proinde mutui datio interdum pendet, ut *ex post facto confirmetur*: veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus: item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis *ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse*, ut credita pecunia peti possit. Das Darlehen wird von Pomponius als rückwärtshin vom Moment der Hingabe rechtsbeständig bezeichnet, wenn die Bedingung der Übereignung eintritt. Dies doch offenbar, weil auch der bedingte Eigentumsübergang auf den Moment der Hingabe zurückreicht. Denn ein Darlehen kann erst mit der Übereignung entstehen. Durch die Zusammenstellung mit dem Fall, in

wenn man sie wie eine Fiktion behandelt, nach welcher das Geschäft von seinem Abschluß an wirksam wäre.

Die Bedeutung der Rückziehung liegt darin, daß die Zeit des Geschäftsschlusses und nicht die der Erfüllung der Bedingung das Datum des Geschäftes bestimmt. Hierdurch gewinnt es eine feste Basis im Rechtsleben.[7] Besonders wichtig ist dies für dingliche Rechte. Die bedingte Eigentumsübertragung schützt infolge der Rückziehung den Erwerber gegen alle Verfügungen, welche der Veräußerer noch nach dem Geschäftsschluß über die Sache vornimmt.[8] Bedingt eingeräumte dingliche Rechte an fremder Sache, ferner bedingte Pfandrechte nehmen ihren Rang unter den dinglichen Rechten nach der Zeit ihrer Bewilligung, nicht nach der Zeit der Erfüllung der Bedingung ein.

Die Rückziehung der Bedingung hat dagegen nicht die Bedeutung, daß dem bedingt Berechtigten die Nutzungen der Zwischenzeit zukommen,[9] wohl aber können sie ihm für den Fall des Eintrittes der Bedingung zustehen.[10] Sie gelten ihm sogar im Zweifel als für diesen Fall überlassen, wenn er vorher in den Besitz gesetzt ist,[11] z. B. bei einem Kauf auf Probe oder suspensivem Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises. Dagegen hat der Käufer dann auch den Kaufpreis von der Zeit des Besitzerwerbes an zu verzinsen, weil er nicht Sache und Preis zugleich nutzen soll.[12]

Das bedingte Recht kann erst vom Eintritt der Bedingung an durch Klage geltend gemacht werden. In diesem Sinne ist es befristet.

---

welchem der Erbe legiertes Geld kreditiert, welches infolge der Ausschlagung des Legates rückwärtshin als ihm gehörig angesehen wird, tritt der Gesichtspunkt der Rückziehung noch bestimmter hervor. Enneccerus sagt selbst S. 481: „es bedeutet einen Fortschritt, daß der Privatwille eine feste, von der Fortdauer dieses Willens, der Willensfähigkeit und des Lebens unabhängige Erklärung abzugeben vermag für die Fälle, in welchen die Wirkung erst für einen späteren Zeitpunkt beabsichtigt ist oder eintreten kann. Außerdem läßt die l. 9 § 1 D. de jure dotium das Drängen nach dieser freieren Auffassung erkennen." Vgl. auch Brinz Bd. 4 § 544. Über BGB. vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 153.

6) Bei bedingten Vermächtnissen tritt die Rückziehung nicht ein. Das Nähere siehe im Erbrecht. Hiervon geht auch Mitteis in seiner Erklärung der Quellen aus.

7) Konsequenzen der Rückziehung bedingter Forderungen treten in folgenden Stellen hervor: l. 27 D. pro socio 17, 2, l. 27 pr. D. qui et a quibus 40, 9, l. 14 § 1 D. de novat. 46, 2, l. 16 D. de solut. 46, 3.

8) Mitteis S. 174 macht die Einschränkung, daß „Verfügungen, die nur als bleibende getroffen werden können, während sie gleichzeitig für das bedingte Recht bedrohlich sind, dem bedingt Belasteten in der Zwischenzeit ganz unmöglich" seien.

9) Für das Recht des bedingt Berechtigten auf die Nutzungen der Zwischenzeit erklärt sich Thibaut, zivil. Abhandlungen S. 363, welcher ältere Schriftsteller anführt; auch Savigny Bd. 3 S. 152 sieht hierin die Regel; dagegen sind aber die meisten Neueren; vgl. Vangerow a. a. O. und Mitteis a. a. O. S. 174.

10) l. 64 D. de verb. obl. 45, 1 bezeichnet bestimmt Regel und Ausnahme.

11) Dies geht wohl aus l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6 „et fructus medii temporis venditoris sunt si pendente condicione res extincta fuerit" mittels arg. a contrario hervor.

12) Der Ersitzungsbesitz des Käufers, welchem der Verkäufer eine ihm nicht gehörende Sache bedingt tradiert hat, beginnt erst mit Erfüllung der Bedingung. Dies hat man — Vangerow Bd. 1 § 95 — gegen die Rückziehung der Bedingung benutzt.

§ 100. Resolutivbedingungen.[1]

1. Das Ausfallen der Resolutivbedingungen sichert den Bestand des Geschäfts. Etwaige für den Fall ihres Eintrittes gestellte Sicherheiten sind zurückzuerstatten.

2. Die Erfüllung der Resolutivbedingung[2] hat bald bloß persönliche bald dingliche Wirkung.[3]

a) Der Zweck kann sein, eine persönliche Verpflichtung des Mitkontrahenten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes zu begründen. In die Rechtsstellung Dritter greift sie dann nicht ein. Nur persönliche Wirkung hat z. B. der Vorbehalt, wonach der Käufer bei Nichtgefallen der Ware den Kauf aufheben darf.[4]

b) Die Resolutivbedingung kann — was freilich manche bestreiten — auch mit dinglicher Kraft ausgerüstet sein. Dann ist sie weniger harmlos. Durch ihren Eintritt wird der frühere Rechtszustand von selbst hergestellt, also jede auf dem resolutiv bedingten Geschäfte beruhende Veränderung unmittelbar beseitigt. Die Vernichtung betrifft wie den Mitkontrahenten, so auch Dritte, welche Rechte von ihm ableiten. Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis.

Dem älteren römischen Rechte waren dingliche Resolutivbedingungen fremd. Sie gelangten erst bei Verkäufen unter lex commissoria und addictio in diem zur Anerkennung.

Lex commissoria ist der Nebenvertrag, wonach der Verkauf im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises vom Ver-

---

Der Grund liegt aber darin, daß dem Käufer in der Zwischenzeit der Glaube, Eigentümer zu sein, also die für die Ersitzung erforderte fides, fehlte, „nondum putat se emisse" l. 2 § 2 D. pro emptore 41, 4.

1) Arthur Kohler im Archiv für bürg. Recht Bd. 15 S. 1. Der Begriff der Resolutivbedingung ist oben § 94 dargestellt. Den Anstoß zur Entwicklung der Resolutivbedingung mochten zu Rom die Versteigerung von Sachen und Arbeiten geben. Die Lizitation gewährt dem Versteigerer stets die Befugnis, das Geschäft unter gewissen Voraussetzungen zu annullieren. Mitteis a. a. O. S. 178.

2) Die Wirkung der Resolutivbedingungen besprechen: Thibaut, zivilistische Abh. S. 359 ff.; Rießer in Lindes Zeitschrift Bd. 2 n. 1 und 8; Vangerow Bd. 1 S. 96; Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 240 ff.; Czyhlarz, Resolutivbedingung 1871; Schulin, Resolutivbedingungen 1875; vgl. weitere Literatur bei Fitting a. a. O. S. 243; Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 6, § 90 Anm. 3, Brinz-Lotmar Bd. 4 § 545, Regelsberger Bd. 1 § 152 Anm. 15.

3) Manche Schriftsteller verstehen unter „wahren" Resolutivbedingungen nur solche, die dinglich wirken, vgl. die bei Fitting a. a. O. S. 243 Angeführten. Fitting hat indessen nachgewiesen, daß die Römer auch bei bloß persönlich wirkenden Klauseln von Geschäften reden, die „sub condicione solvuntur". Vgl. namentlich l. 1 D. de donat. 39, 5 und l. 2 C. de cond. ob causam datorum 4, 6.

4) l. 3 in fine D. q. m. p. vel hyp. solv. 20, 6. Ulpianus libro 8 disputationum . . . ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. Das gegenüber dem Käufer vor dem Eintritt der Resolutivbedingung an der Kaufsache begründete Pfandrecht bleibt also bestehen. Dagegen ist der Käufer natürlich zur Rückforderung des Kaufpreises nur befugt, wenn er die Kaufsache ohne Verschlechterung zurückgibt, also insbesondere auch frei von Pfandrechten, die während der Zeit seines Eigentums erwuchsen. Über den Grund, weswegen beim pactum displicentiae bloß persönliche Verbindlichkeiten entstanden, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 215.

käufer gelöst werden darf.[5] Addictio in diem gestattet den Rücktritt des Verkäufers im Falle eines besseren, innerhalb gewisser Zeit gemachten Kaufgebotes.[6] Solche Klauseln würden wenig Wert haben, wenn sie der dinglichen Wirkung entbehrten. Dies gilt besonders von der lex commissoria. Sie ist von dem Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Käufers eingegeben; ihre Bedeutung liegt in der Gewährung einer dinglichen Sicherung für die Zahlung des Kaufpreises.

Noch zu Anfang der Kaiserzeit behandelte man lex commissoria und addictio in diem als aufschiebende Bedingungen.[7] Damit wurde zwar der Zweck erreicht, den Verkäufer dinglich zu sichern; denn er behielt das Eigentum, solange ihm der Kaufpreis nicht bezahlt, oder solange die für das Einlegen des besseren Gebotes bestimmte Frist nicht abgelaufen war. Aber im übrigen entsprach diese Behandlung nicht den Interessen beider Teile, denn in der Zwischenzeit entbehrte der Käufer der dinglichen Verfügungsmacht über die Sache und gewann an ihr kein Ersitzungsrecht; den Verkäufer aber traf noch die Gefahr des Unterganges. Den Interessen der Beteiligten war daher besser gedient, wenn man addictio in diem und lex commissoria im Zweifel als Resolutivbedingungen mit dinglicher Kraft behandelte. Dies geschah auf Grund der Autorität von Julian.[8] Resolutivbedingungen dinglicher Kraft fanden seitdem auch sonst in Rom Anerkennung.[9] [10]

Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ist folgende. Während des Schwebens der dinglichen Resolutivklausel stehen dem Erwerber alle Rechte des Eigentümers zu; er darf die Sache veräußern, mit dinglichen Lasten beschweren und hat die Eigentumsklage. Im Fall von

5) l. 2, l. 4 pr., l. 5 D. de lege commissoria 18, 3.

6) l. 1 D. de in diem add. 18, 2. Paulus libro 5 ad Sabinum: In diem addictio ita fit: „ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat."

7) Mitteis a. a. O. S. 180 will dies nur insofern gelten lassen, als es sich um die dingliche Wirkung handelte.

8) l. 2 §§ 3, 4 D. pro emptore 41, 4. Paulus libro 54 ad edictum: Sabinus, si sic empta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. — Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est. Auf die Bedeutung dieser Erörterung für die Geschichte der Resolutivbedingung hat Fitting a. a. O. S. 262 ff. zuerst aufmerksam gemacht. Vgl. auch Paul Gerber l. 41 pr. D. de r. v. Göttinger Inaug.-Diss. 1893.

9) Julian scheint auch die mortis causa donatio als resolutiv bedingt zu behandeln, l. 14 D. de mortis causa don. 39, 6. Dies fand freilich nur allmählich und teilweise Anklang.

10) Die dingliche Kraft der Resolutivbedingungen hat vorzugsweise Rießer in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 1 ff., 270 ff. bestritten; ferner Czyhlarz, Institutionen S. 54, Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 528 ff., Girard, manuel S. 721 Anm. 2. Dagegen wieder Mitteis a. a. O. S. 185. Vgl. l. 4 § 3 D. de in diem addict. 18, 2; l. 3 D. q. m. p. 20, 6; l. 41 D. de rei vind. 6, 1; l. 9 D. de aqua et a. p. a. 39, 3; l. 8 D. de lege com. 18, 3; l. 3, 4 C. de pactis inter empt. 4, 54. Vgl. dagegen Vangerow Bd. 1 § 96 S. 149 ff.

Gefährdungen aber kann der andere Teil den Anspruch auf Sicherstellung auch gegenüber dritten Erwerbern der Sache erheben.

Mit dem Eintritt der Resolutivbedingung lebt der frühere Zustand unmittelbar auf und zwar nach rückwärts hin.[11] Übrigens wird der Erwerb von Früchten und anderen Vorteilen durch den Zwischeneigentümer damit nicht schlechthin zunichte gemacht, nur eine persönliche Verpflichtung des Mitkontrahenten zur Herausgabe dieser Vorteile aus dem Kontrakt kann eintreten.[12] [13]

b) Zeitbestimmungen.

§ 101. Gewisse und ungewisse Zeit.

Den Rechtsgeschäften einverleibte Zeitbestimmungen sind bald gewisse, bald ungewisse. Es kann das Datum des Zeitereignisses ungewiß, also das „wann" fraglich sein — dies incertus quando. Es kann aber auch der Eintritt des Zeitereignisses ungewiß, also das „ob" fraglich sein — dies incertus an. Die Ungewißheit der ersteren Art bezeichnen wir als relative, die der letzteren als absolute. Beides kann sich kreuzen; daher ergeben sich folgende Kombinationen:

a) Eintritt und Datum der Zeit sind gewiß im Falle ausdrücklicher Bezeichnung des Kalendertags, z. B. „3. März 1911", aber auch wenn der Kalendertag von vornherein berechenbar ist, z. B. „3 Monate a dato". Darauf kommt nichts an, ob der Tag den Beteiligten beim Geschäftsschluß bekannt war oder nicht, z. B. „Ostern übers Jahr".

b) Der Eintritt des Zeitereignisses ist gewiß, sein Datum ungewiß, z. B. am Todestage des X. Es gehört hierher auch der Fall einer Schuld zahlbar „nach Kündigung"; denn es ist nicht daran zu

---

11) Anders Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 255, dem Vangerow Bd. 1 S. 150 und Arndts § 7 Anm. 6 beitreten. Nach Fittings Ansicht wirkt die Resolutivbedingung nicht ex tunc; sie gibt dem Rückfallsberechtigten nur ex nunc, d. h. vom Eintritte der auflösenden Bedingung an das Eigentum. Die inzwischen begründeten Rechte sollen nur von jetzt an aufhören, nicht rückwärts hin zusammenfallen. Für zutreffend ist diese Ansicht von Fitting nicht zu halten; vgl. Windscheid § 91 Anm. 3 und dort Angeführte. In l. 4 § 3 D. de in diem addict. 18, 2 und l. 3 D. q. m. p. 20, 6 wird allerdings hervorgehoben, daß die vom Zwischeneigentümer bestellten Pfandrechte endigten; ob dies aber ex nunc oder ex tunc geschieht, bleibt offen. In der l. 9 pr. D. de aqua 39, 3 erklärt Paulus libro 49 ad edictum: In diem addicto praedio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est, ut, sive remanserit penes emptorem sive recesserit, certum sit voluntate domini factam aquae cessionem. Dies ist entscheidend und zwar gegen Fitting. Der Eigentümer muß die Zession vornehmen; wer als solcher während des Schwebens der Bedingung gilt, ist noch nicht bestimmt. Deshalb muß der Verkäufer wie der Käufer mitwirken, denn nur dann steht es fest, daß der Eigentümer zustimmte. — Daß die Rückziehung dem Charakter der Resolutivbedingung entspricht, scheint uns offensichtlich.

12) Vgl. namentlich l. 4 § 4 D. de in diem addict. 18, 2.

13) BGB. § 161 Abs. 2 erkennt zwar die dingliche Wirkung der auflösenden Bedingung ebenfalls an, aber nach Abs. 3 das. finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 156.

zweifeln, daß sie einmal gekündigt werden wird; ebenso die Verstattung der Zahlung des Kaufpreises „nach Belieben", denn darunter versteht der Verkehr eine den Umständen angemessene Frist.[1]

c) Das Datum des Zeitereignisses ist gewiß, sein Eintritt ungewiß, z. B. „bei deiner Großjährigkeit".

d) Datum und Eintritt des Zeitereignisses sind ungewiß, z. B. „am Tage deiner Verheiratung".

§ 102. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen.[1]

Nicht alle Rechtsgeschäfte lassen Zeitbestimmungen zu. Es gibt Geschäfte, wie Adoption, Emanzipation, Erbschaftsantritt, die durch Zeitbestimmungen aufgehoben werden.[2] Im Fall der Ernennung eines Erben auf Zeit ist zwar die Erbeseinsetzung rechtskräftig, aber die Zeitbestimmung gilt als nicht zugefügt.[3]

Die Zeitbestimmungen bilden Anfangstermine, wenn sie die Wirkung des Geschäftes vertagen, Endtermine, wenn sie das Geschäft beendigen.[4]

1. Wesentlich verschieden ist die Wirkung des gewiß eintretenden und des absolut ungewissen Anfangstermins.

a) Rechte unter gewissem Anfangstermine bestehen bereits, aber ihre Geltendmachung ist aufgeschoben. Dies gilt für Forderungsrechte,[5] Pfandrechte,[6] Servituten,[7] aber bei Über-

1) ROHG. Bd. 10 S. 234.

1) Savigny Bd. 3 §§ 125 ff., Scheurl, Nebenbestimmungen S. 21 ff., Brinz-Lotmar Bd. 4 §§ 551—553, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 305, Bekker Bd. 2 S. 299, Salomon, das befristete Rechtsgeschäft, Berlin 1888, Siméon, das Wesen des befristeten RG. 1889. Dazu Schuppe in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 801 ff., Niemeyer in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 33 S. 352 ff. Rampori, la determinazione del tempo nei contratti im Archivio giurid. Bd. 45 S. 293 ff. BGB. § 163 verweist lediglich auf die für die Bedingungen geltenden Regeln. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 157.

2) l. 77 D. de R. J. 50, 17, siehe oben § 93 Anm. 14; auch die Zulässigkeit eines Vindikationslegats ex die certo war bestritten; vgl. aber l. 72 § 5 D. de cond. et dem. 35, 1 und darüber Fitting, Rückbeziehung S. 107.

3) l. 34 D. de her. inst. 28, 5.

4) Die Neueren nennen Anfangstermine dies a quo, Endtermine dies ad quem. Die Römer sagen ex die und ad diem: l. 34 D. de hered. inst. 28, 5, l. 4 pr. D. de serv. 8, 1, fragm. Vaticana § 50. In diem wird häufig für Anfangstermine gebraucht: § 2 J. de verb. obl. 3, 15, l. 10 C. de cond. indeb. 12, 6, l. 213 pr. D. de V. S. 50, 16, l. 22 D. de cond. inst. 28, 7, anders aber in l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

5) Sehr deutlich spricht sich aus l. 46 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 12 ad Sabinum: „Centensimis kalendis dari" utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio. Obligationen, die erst in der Person des Erben des Gläubigers entstanden, waren zur Zeit des Paulus ungültig. Aber die hier besprochene war gültig, denn nur die Fälligkeit war in eine fernere Zukunft hinausgeschoben, nicht der Beginn. In gleichem Sinne charakterisiert das Verhältnis l. 213 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 1 regularum: „Cedere diem" significat incipere deberi pecuniam: „venire diem" significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Die Kunstausdrücke cedere diem und venire diem erklärt Scheurl a. a. O. S. 34 dadurch, daß die Zeit als ein bewegliches Ding gedacht werde, das einen Punkt des Raumes verlasse — cedit — und dann durch Vollendung der Bewegung an einem bestimmten andern ankomme — venit. Unger beruft sich für seine Ansicht auf l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 74 ad edictum praetoris: Circa diem

tragung des Eigentums unter einem Anfangstermin tritt dasselbe erst mit Eintritt des Zeitpunktes in Kraft;[8] bis dahin besteht nur ein Recht auf Erwerb, welches dinglicher Natur sein kann. Dies ist im besonderen Wesen des Eigentumsrechts begründet. Als das generelle und ausschließliche Herrschaftsrecht über eine Sache kann es so lange nicht entstehen, als ein anderer noch Eigentum hat.[9]

b) Rechte, die erst von einer ungewissen Zeit ab zur Existenz kommen sollen, bestehen noch nicht. Solche Befristungen haben zugleich einen bedingenden Charakter.

2. Gewisse Rechtsverhältnisse sind auf zeitlich beschränkte Wirksamkeit angelegt.[10] Hierher gehören Miete, Mandat, Gesellschaft, Nießbrauch; die Zufügung eines Endtermines steht im Einklang mit ihrer Natur, er begrenzt das Rechtsverhältnis, betrifft aber die aus ihm erwachsenen Ansprüche nicht.

Rechte anderer Art widerstreben einer Begrenzung durch Endtermine. Insbesondere gilt dies für das Eigentumsrecht. In der klassischen Zeit ließ man daher nur Verträge zu, durch welche sich der Erwerber persönlich zur Rückerstattung nach einer gewissen Zeit verpflichtete. Justinian jedoch gab dem Endtermine des Eigentumes dinglich wirkende, unmittelbar auflösende Kraft.[11]

---

duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. ex die veluti „kalendis Martiis dare spondes?“ cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur. Unger betrachtet den Ausdruck incipit obligatio als „den ganz genauen“; dies tut aber Paulus selbst nicht, da er ihn schließlich dahin erklärt, daß vor dem Termine nichts gefordert werden kann. Daher sagt Paulus libro 7 ad Sabinum l. 10 D. de cond. ind. 12, 6: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

6) l. 12 § 2 D. qui pot. 20, 4, vgl. l. 14 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

7) Vgl. l. 4 pr. D. de serv. 8, 1. Daß die Beschränkung der Grundgerechtigkeiten nur durch pacti oder doli exceptio geltend gemacht wurde, beruht auf historischen Gründen.

8) Ulpianus libro 51 ad edictum, l. 9 § 2 D. usufructuarius quemadmodum 7, 9. Plane si ex die proprietas alicui legata sit, ususfructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit ad eum proprietatem vel ad heredem ejus perventuram.

9) Dasselbe gilt für die Zession einer Forderung, sie steht auf einer Linie mit der Sachveräußerung.

10) Vat. fragm. §§ 48—50, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10, 2, l. 6, l. 30 D. de usu et usufr. legato 33, 2. l. 5 C. de usufructu 3, 33.

11) In der klassischen Zeit war die Verleihung von Eigentum unter einem Endtermine nichtig; denn das Eigentum galt begrifflich als ein dauerndes Recht. Fragm. Vat. § 283 Diocletianus et Constantius: Si stipendiariorum — praediorum — proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit. Eine persönliche Verpflichtung zur Rückübertragung der Sache nach gewisser Zeit konnte jedoch bei der Übereignung dem Erwerber aufgelegt werden, l. 2 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Dieselben Grundsätze galten für das Vermächtnis von Eigentum auf Zeit und ebenso für alle Obligationen des strengen Zivilrechts, wobei das Maß, nicht der Bestand des Rechts zeitlich beschränkt werden konnte, vgl. Mitteis a. a. O. S. 192. — Im justinianischen Rechte ist dies geändert. Hier gilt die Konstitution Diokletians l. 2 C. de donat. quae sub modo 8, 54: Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda. Entsprechendes verordnete Justinian für Vermächtnisse, l. ult. C. de legatis 6, 37. Die

c) Auflage-Modus.

§ 103. Auflage-Modus.[1] Voraussetzung.

I. Modus ist die an eine Zuwendung geknüpfte Auflage.[2] Der Modus wird namentlich bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen erwähnt; er ist aber bei einseitigen Zuwendungen jeder Art zulässig, z. B. bei einer Auslobung, einer Privilegienerteilung.[3]

Die Form des Modus ist oft „unter der Bedingung, daß". Dies ist nicht Zufügung einer Bedingung im technischen Sinne. Inhalt des Modus ist meist eine geldwerte Leistung,[4] aber auch andere Handlungen können ihn bilden, z. B. Annahme des Namens des Erblassers.[5]

Geschäfte unter einem Modus verfolgen doppelte Zwecke. Hauptzweck ist die Zuwendung an den Bedachten; dieser Zweck bestimmt den Charakter des Geschäftes; Nebenzweck ist die Verwirklichung der Auflage. Die Auflage muß in der Absicht geschehen, rechtlich zu verbinden. Sonst liegt ein bloßer Rat[6] oder ein Wunsch vor, dessen Befolgung man von der Dankbarkeit, dem Anstandsgefühl des anderen Teiles erwartet, der aber eine rechtliche Bedeutung nicht hat.

Der Zwang zur Erfüllung des Modus geschieht bei letztwilligen Verfügungen und bei Schenkungen in verschiedener Weise.

Allgemeinheit der Fassung dieser Verordnungen weist daraufhin, daß eine Eigentumsübertragung auf Zeit zulässig sein soll. Auch ist wohl nicht zu zweifeln, daß der Endtermin — sofern die Absicht der Beteiligten hierauf gerichtet ist — nunmehr wie die Resolutivbedingung dinglich wirkt. Vgl. auch Pflüger im Archiv für ziv. Praxis Bd. 78 S. 406.

1) Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 1 Abh. 4: von dem wesentlichen Unterschiede und dem Kennzeichen des modus und der condicio, insonderheit bei Legaten, ferner Savigny Bd. 3 §§ 128 ff., Bekker Bd. 2 S. 358. BGB. behandelt die „Auflage" nur bei der Schenkung §§ 525 ff., und bei den letztwilligen Zuwendungen §§ 2186 ff.

2) Pernice, Labeo Bd. 3 S. 1 ff. weist nach, daß der Modusbegriff der klassischen römischen Jurisprudenz noch fremd war; so auch Mitteis a. a. O. S. 194. Die technische Bedeutung als Beschränkung durch eine Auflage findet sich erst im Titel Dig. 35, 1; Cod. 6, 45 de his, quae sub modo legata 6, 45 und im Titel Cod. 8 54 de donationibus, quae sub modo. Auch der Ausdruck „modus" ist in den klassischen Schriften selten, Mitteis a. a. O. S. 194 ff.

3) Auflagen, welche bei zweiseitigen Geschäften einem Teil, etwa dem Käufer, gemacht werden, z. B. daß er einen Mieter in dem verkauften Hause wohnen läßt, gestalten sich, wenn sie klagbar sind, zu kontraktlichen Verbindlichkeiten, so daß die Eigentümlichkeiten des Modus nicht eintreten. Es können aber auch Auflagen zugefügt sein, welche nicht durch Klage erzwingbar sind, z. B. daß der Käufer die Nichte des Verkäufers heirate; dann sind die Grundsätze des Modus anzuwenden, Bekker Bd. 2 S. 358, Pernice a. a. O. S. 6.

4) l. 17 § 4 D. de condicionibus 35, 1. Gajus libro 2 de legatis ad edictum praetoris: Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.

5) Vgl. ferner l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45.

6) Es sind namentlich Zweckbestimmungen nicht verbindlich, bei welchen bloß das Interesse des Bedachten in Frage steht, l. 13 § 2 D. de don. inter vir. et uxor 24, 1, l. 71 pr. D. de cond. 35, 1. Es verhält sich aber bei letztwilligen Verfügungen anders, wenn der Erblasser in der Erfüllung einer derartigen Auflage zugleich ein eigenes, wenn auch nur ideelles Interesse verfolgt. Vgl. unten im Erbrecht.

1. Bei letztwilligen Verfügungen haben vorzugsweise die Erben die Erfüllung des Modus zu betreiben. Es werden aber heute nicht selten Testamentsvollstrecker bestellt, welche für die Erfüllung der Auflagen des Erblassers zu sorgen haben.[7]

2. Den Modus bei Schenkungen[8] hat der Schenker oder nach seinem Tode sein Erbe zu wahren.

a) Er ist zur Zurückforderung des Geschenkes befugt, wenn der Modus in der festgesetzten oder angemessenen Zeit nicht erfüllt wurde. Zu diesem Zwecke hat er eine persönliche Klage — eine condictio;[9] bestand die Auflage in Alimenten an den Geschenkgeber, außerdem eine vindicatio utilis des Gegenstandes der Schenkung.[10]

b) Auch auf Erfüllung des Modus kann der Schenker, — nachdem er seinerseits geleistet hat, — mit actio praescriptis verbis klagen, wenn es sich um eine geldwerte Leistung handelt, zu welcher sich der andere Teil durch Annahme des Geschenkes verband.[11]

Handelt es sich um eine Auflage zugunsten eines Dritten, so hatte dieser bereits nach römischem Rechte die Klage auf Erfüllung als actio utilis, trotzdem in Rom in der Regel Dritte aus Verträgen zu ihren Gunsten nicht klageberechtigt waren.[12]

Der Modus ist der aufschiebenden Potestativbedingung verwandt. Auch sie verbindet mit dem Geschäfte das Bestreben, den anderen Teil zu einem Tun oder zu einem Unterlassen zu bestimmen. Beide Klauseln erreichen aber ihr Ziel in verschiedener Weise. Die Bedingung nämlich suspendiert, der Modus verpflichtet.[13] Die Zufügung einer Bedingung übt den stärkeren Druck aus. Denn das Geschäft verwirklicht sich nur, wenn der bedingt Berechtigte die ihm auferlegte Handlung vollzogen hat. Dies aber führt oft zur Vereitelung des Geschäftes überhaupt. So bei bedingten Vermächtnissen, falls der Vermächtnisnehmer stirbt, ehe er die ihm zur Bedingung gesetzte Handlung vornehmen konnte. Wird der Weg des Modus gewählt, so besteht diese Gefahr nicht. Denn die Zuwendung bleibt rechtsbeständig, wenn die Erfüllung der Auflage von Anfang an unmöglich war, hinterher ohne Schuld des Be-

7) Über das Verhältnis dieses Modus zum Fideikommiß vgl. Mitteis a. a. O. S. 196.

8) Savigny Bd. 4 S. 280.

9) l. 3, l. 8 C. de cond. ob causam 4, 6. Nach BGB. § 527 kann der Schenker das Geschenk nur insoweit zurückfordern, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

10) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Valerianus et Gallienus . . . vindicationem . . . utilem . . . impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi. Für das klassische Recht läßt sich dieses Rückforderungsrecht nicht nachweisen, Mitteis a. a. O. S. 201.

11) l. 9, l. 22 C. de donat. 8, 35. Ebenso BGB. § 525 Abs. 1. Im klassischen Recht sicherte man die Erfüllung auch durch Versprechen in der Stipulationsform; vgl. l. 122 § 2, l. 135 § 3 D. de verb. obl. 45, 1. Mitteis a. a. O. S. 202.

12) l. 3 C. de donat. quae sub modo 8, 54, vgl. Hellwig, Verträge zugunsten Dritter S. 24 ff.

13) Savigny Bd. 3 S. 231.

lasteten unmöglich wird[14] oder unsittlich ist. Hiermit bestätigt sich, daß es sich um Nebenzwecke des Geschäftes, nicht um dessen Hauptzweck handelt. Im Interesse der Erhaltung der Geschäfte nimmt man daher im Zweifel einen Modus, nicht eine aufschiebende Bedingung an.[15]

II. Nicht alle neueren Juristen lassen den Modus als besondere Geschäftsform gelten. Vielen geht er in dem Begriffe der Voraussetzung auf.[16]

Windscheid, der Schöpfer dieser Lehre, bezeichnet als Voraussetzung jede Vorstellung, welche eine Partei zum Geschäftsschluß bestimmte, indem sie etwas als geschehen erachtet, oder als zukünftig erwartet. Nicht erforderlich sei, daß dies ausdrücklich erklärt wurde. Ergebe sich hinterher die Unrichtigkeit des Vorausgesetzten, so sei anzunehmen, daß der erklärte Geschäftswille kein „eigentlicher", kein „wahrer" war, was Anfechtung des Geschäftes begründe. Hiernach charakterisiere sich die Voraussetzung als „unentwickelte Bedingung". Das heißt aber die Verträge unterhöhlen. Das zweiseitig Vereinbarte soll wegen einseitiger, nicht einmal erklärter Parteivorstellungen in Frage gestellt werden können! Damit wäre die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs gefährdet. Im Leben ist man sich darüber klar, daß Geschäfte fest abzuschließen sind selbst auf die Gefahr hin, daß die Voraussetzungen, die man beim Abschluß annahm, sich nicht verwirklichen.[17] Ein allgemeiner Begriff der Voraussetzung ist nicht zu verwerten. Nur was Geschäftsbestandteil ist, hat rechtliche Bedeutung, insbesondere der Grund einer Vermögenszuwendung[18] — deren causa — sowie die ihr zugefügte Auflage — der modus.[19] Nicht um deswillen, weil die Erfüllung des Modus „vorausgesetzt" ist, sondern um deswillen, weil er einen Bestandteil des Geschäftes bildet, begründet seine Nichterfüllung eine Anfechtung.

§ 104. Allgemeines über Nebenbestimmungen.

1. Herkömmlich und zweckmäßig faßt man Bedingungen, Befristungen und Modus als Nebenbestimmungen der Geschäfte zusammen.

Allerdings wird dies von manchen als unrichtig bekämpft. Denn Bedingungen und Befristungen sind keineswegs für die Kontrahenten etwas nur Untergeordnetes, vielmehr untrennbare Bestandteile des Geschäftes.[1]

So richtig dies für das einzelne bedingt oder betagt geschlossene Geschäft sein mag, so lassen sich doch zutreffend die genannten Klauseln in dem Sinne als Nebenbestimmungen bezeichnen, als sie nicht zu den dem Ge-

14) l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45, l. 8 C. de cond. ob causam 4, 6.

15) Pfeiffer a. a. O. S. 30, Savigny Bd. 3 S. 231.

16) Windscheid, die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung 1850, Pandekten Bd. 1 §§ 96 ff. und im Archiv für ziv. Praxis Bd. 78 n. 6. Vgl. Gradenwitz, Begriff der Voraussetzung, Berlin 1880, Dissertation; Lenel, Archiv für ziv. Praxis Bd. 74 S. 213 und schlagend Bd. 79 n. 2, Hipp, Rückforderung wegen Wegfalls des Zweckes, Göttinger Inaug.-Diss. 1889, Bekker Bd. 2 S. 367, Hölder, Pand. § 54, RG. Bd. 19 S. 50, Bd. 21 S. 180 und namentlich RG. Bd. 24 S. 170 ff. Vgl. auch Bolze im Archiv für ziv. Praxis Bd. 78 S. 457; Lotmar, über causa S. 88 ff., Leonhard, Irrtum 2. Aufl. Teil 1 S. 243 ff., Ryk, Schuldverhältnisse S. 218 ff.

17) So auch Kuntze im sächs. Archiv für bürg. Recht und Prozeß Bd. 2 S. 678.

18) Vgl. oben § 83.

19) Nicht selten ist, was die Beteiligten Voraussetzung nennen, in Wahrheit aufschiebende Bedingung. So war es in dem vom ROHG. Bd. 19 S. 50 und in dem RG. Bd. 25 S. 169 beurteilten Falle; die Motive der ersteren Entscheidung schließen sich jedoch durchaus Windscheid an, die der letzteren treten ihm entgegen.

1) Um deswillen polemisiert namentlich Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 39 S. 308 gegen die Auffassung der Bedingungen als Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

schäfte seinem Begriffe nach wesentlichen Punkten gehören.[2] Beispielsweise ist Umsatz von Waren gegen Geld ein Kaufgeschäft, mag es nun bedingt oder unbedingt vereinbart sein.

2. Gleichwohl verhalten sich die Nebenbestimmungen zum Hauptgeschäft in verschiedener Weise, was besonders von Wichtigkeit für die Beweislast ist:

a) Wenn der Beklagte gegenüber der Klage aus einem Geschäfte auf eine aufschiebende Bedingung oder eine Zeitbestimmung verweist, so stützt er sich darauf, daß das wirklich geschlossene Geschäft ein anderes sei, als das durch die Klage behauptete reine. Dieses Geschäft hat er also nicht zugestanden. Daher muß Kläger den reinen Abschluß des Geschäftes seinerseits beweisen.[3] [4]

b) Wendet der Beklagte dagegen ein, das vom Kläger behauptete Geschäft sei unter einer auflösenden Bedingung oder einem Modus geschlossen, so liegt hierin ein Zugeständnis der Klagetatsache und die Einwendung einer Nebenwillenserklärung, welche Beklagter zu beweisen hat.[5]

Der Beweis liegt dem Beklagten ferner dann ob, wenn er die nachträgliche Zufügung einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung zum Geschäfte vorschützt. Denn hierdurch stellt er die Behauptung einer partiellen Aufhebung des ursprünglich „reinen" Geschäftes auf, und diese zu beweisen ist stets Sache des Beklagten.

---

2) Vgl. oben § 81, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 211, Bekker Bd. 1 S. 285.

3) So ROHG. Bd. 23 S. 52 und die dort angeführten Urteile, ebenso RG. Bd. 18 S. 157. Vgl. namentlich Stölzel, Schulung, 3. Aufl., Bd. 1 S. 145; Robert Schneider, über die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung kontrahiert worden, in der sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 9 S. 1 ff.; Pöschmann, über die Natur des sog. qualifizierten Geständnisses 1863; Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 4; Scheurl a. a. O. S. 329; Enneccerus S. 215. Dagegen lehrte Puchta, Pandektenvorlesungen § 98: Die Behauptung der Suspensivbedingung sei die Behauptung „eines besonderen Mangels", für dessen Abwesenheit eine Rechtsvermutung streite. In ähnlicher Weise nimmt Wächter, Württ. Privatr. Bd. 2 S. 450 ff., eine Vermutung für die Unbeschränktheit und Vollständigkeit eines Rechtes an. Ähnlich auch Fitting in der Zeitschr. für Zivilproz. Bd. 13 S. 1, Staub, Kommentar zum HGB. 6. Aufl. Allgemeine Einleitung Anm. 57, Beckh, Beweislast nach BGB. S. 156. Ein Nachweis für eine derartige Rechtsvermutung ward aber nicht erbracht. Regelsberger Bd. 1 § 152 Anm. 5, § 157 Anm. 6 will die Frage — mit Berufung auf Bekker § 114 Beil. I, § 116 Beil. III — nicht „einförmig", sondern nur mit Rücksicht auf die „Beschaffenheit der durch das Rechtsgeschäft beabsichtigten Wirkungen" beantwortet wissen. BGB. entscheidet die Frage nicht ausdrücklich.

4) Kläger kann seiner Beweispflicht durch Zuschiebung eines Schiedseides an den Beklagten genügen. Dieser hat dann den Eid dahin zu leisten, daß das Geschäft bedingt oder befristet geschlossen wurde und zwar durch die von ihm bei Leugnen der Klage behauptete Bedingung oder Befristung. Hat aber der Kläger durch Urkunden oder Zeugen den „reinen Kontraktschluß" bewiesen, so ist es Sache des Gegenbeweises des Beklagten, die von ihm behauptete Bedingung oder Befristung zu beweisen, beziehungsweise über deren Nichtzufügung beim Geschäft dem Kläger den Eid zuzuschieben. ROHG. Bd. 12 S. 202.

5) ROHG. Bd. 2 S. 95, RG. in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 411, R. G. Bd. 28 S. 145.

VI. Stellvertretung.

§ 105. Begriff und Arten der Stellvertretung.[1] [2]

I. Beim Abschluß von Rechtsgeschäften werden häufig Dritte für uns tätig. Ihre Mitwirkung ist entweder eine *stellvertretende* oder eine nur *unterstützende*.

Der Gegensatz zwischen Stellvertretung und bloßer Hilfe ist unverkennbar, die Abgrenzung beider aber schwierig. Das entscheidende Merkmal ist darin zu finden, ob der Dritte das Zustandekommen des Geschäfts durch seine Entschlüsse bestimmt oder nicht.[3] Denn die Entschließung über unsere Angelegenheiten ist recht eigentlich unsere Sache, etwas Persönliches. Wen man hierzu ermächtigt, den setzt man im wahren Sinne des Wortes an seine Stelle.

Stellvertreter ist also, wer Geschäfte, die uns angehen sollen, für uns abzuschließen hat.

Wo die endgültige *Entscheidung beim Geschäftsherrn bleibt*, sind Dritte, die mittätig sind, bloße *Gehilfen*. Sie haben keine Vollmacht, sondern bloße Aufträge. Nur Gehilfe ist insbesondere der Bote, welcher dem Mitkontrahenten unsere Erklärungen eröffnet, er hat keine andere Funktion als ein Brief.[4] Er bleibt bloßer Gehilfe, wenn er auch beauftragt wird, die Erklärung des anderen Teiles an unserer Statt in Empfang zu nehmen.[5] Der *Makler* ferner, welcher das Geschäft vor-

---

1) Umfassende Literaturangaben finden sich bei Windscheid-Kipp Bd. 1 § 73. Hervorzuheben sind Buchka, Stellvertretung 1852, Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 §§ 54 ff., die Aufsätze von Ihering und von Scheurl in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 n. 7, Bd. 2 n. 1 und 3; Hellmann, Stellvertretung 1882; Mitteis, Stellvertretung 1885; Lenel, Stellvertretung und Vollmacht in Iherings Jahrb. Bd. 36 n. 1; Schloßmann, Stellvertretung Bd. 1 1900, Bd. 2 1902; Hupka, die Vollmacht 1901; Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 160; Wenger, die Stellvertretung im Rechte der Papyri 1906, darüber Mitteis in der Zeitschr. der Sav.Stiftg. rom. Abt. Bd. 28 S. 475. Vgl. auch F. Frese, Lehre v. d. beauftragten Vermögensverwaltung 1889, A. Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen 1893.

2) Die Römer haben keinen Ausdruck, welcher demjenigen der Stellvertretung entspricht. Das Wort Stellvertretung selbst wird erst seit kurzer Zeit in unserer Rechtssprache verwertet. Das ALR. für die preußischen Staaten kennt es noch nicht, vgl. I, 7 § 45; Heise, Grundriß, bedient sich des Ausdruckes „Mittelsperson"; Mühlenbruch, Zession 1. Aufl. 1817, spricht von Stellvertretung, das BGB. sagt „Vertretung".

3) Die Römer unterscheiden das „per liberam personam adquirere" und das „ministerium tantummodo praestare", l. 15 D. de pecunia constituta 13, 5, l. 1 § 1 D. de proc. 3, 1. Auf scharfe Sonderung der Begriffe „Stellvertreter" und „Gehilfe" drang namentlich Ihering a. a. O. Bd. 1 S. 275. Stellvertreter ist ihm, wer eine *spezifisch-juristische Handlung*, Gehilfe, wer *faktische Dienstleistungen* auszurichten hat. Windscheid Bd. 1 § 73 Anm. 2 dagegen stellt neben den Stellvertreter „im Willen" den Stellvertreter „in der Erklärung". Die Behandlungsweise Iherings ist vorzuziehen, weil sie einen wesentlichen, in der Sache liegenden Gegensatz scharf markiert. Wie Windscheid, Mitteis, röm. Privatrecht S. 205 über die Stellung des nuntius.

4) Vgl. auch l. 37 D. ad S. C. Treb. 36, 1, l. 65 § 3 D. eod., Mitteis, Stellvertretung S. 128, Leonhard, die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten S. 11.

5) Manche nehmen an, der Bote sei in diesem Falle Stellvertreter. Einen geistigen Anteil an dem Rechtsgeschäfte hat er aber nicht, — er bleibt Gehilfe.

bereitet, Mitkontrahenten aufsucht, die gegenseitigen Erklärungen übermittelt, ist Gehilfe.[6]

II. Die Stellvertretung ist entweder eine unmittelbare — direkte — oder mittelbare — indirekte.[7]

1. Der unmittelbare Stellvertreter schließt das Geschäft im Namen des Geschäftsherrn,[8] so daß letzterer als Geschäftspartei erscheint, nicht der Stellvertreter. Es ist nicht notwendig, daß das Geschäft ausdrücklich auf den Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen werde, vielmehr genügt es, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß der Vertretene die Partei sei, z. B. N. verkauft im Laden des A. Waren als dessen Kommis.

Zwei Auffassungen der unmittelbaren Stellvertretung stehen sich gegenüber. Nach der einen ist der Stellvertreter der wahre Kontrahent, aber die Wirkungen des Geschäftes betreffen bloß den Geschäftsherrn,[9] sog. Repräsentationstheorie.

Nach der anderen Ansicht, die wir für die richtige halten, ist der Geschäftsherr selbst der Kontrahent,[10] so jedoch, daß der Stellvertreter mit ihm nach Maßgabe seiner Vollmacht zusammenwirkt. Das Geschäft wird also durch den Willen beider erzeugt.[11] Beide sind dessen Begründer, und zwar primär der Vertretene, sekundär der Stellvertreter.

---

6) Vgl. über die Zivilmakler — im Gegensatz zu den Handelsmaklern — Riesenfeld in Gruchots Beitr. Bd. 36 n. 24, Bd. 37 S. 27 ff., Staub, Kommentar zum HGB. 6. Aufl. S. 322 ff., Ritter, HGB. 1910 1 S. 136.

7) BGB. § 164 ff. behandelt als „Vertretung" nur die unmittelbare Stellvertretung.

8) In diesem Sinne kommt „alieno nomine" handeln auch bei den Römern vor, l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1. Es hat aber in den Quellen auch den allgemeineren Sinn: in jemandes Interesse handeln, Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 31 ff.

9) Dies ist die herrschende Ansicht. Sie vertritt Buchka a. a. O.; Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 186; Schloßmann ebendaselbst Bd. 16 S. 4. Windscheid Bd. 2 § 313 Anm. 4 erklärt sie durch eine Fiktion, „die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingiert".

10) Diese Ansicht verteidigt Savigny, Obligationenrecht S. 59; Dernburg, Heidelberger kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 19. Neuerdings begründet sie sorgfältig Hellmann a. a. O. Die Römer sind von ihr ausgegangen, wo immer sie direkte Stellvertretung zuließen, vgl. die von Hellmann a. a. O. S. 39 ff. angeführten Stellen. Insbesondere ist sprechend l. 22 D. de manum. vind. 40, 2, wo vom Vater, welcher seinem Sohne Vollmacht zur Freilassung von Sklaven gibt, gesagt wird, „electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit", ferner l. 7 pr. D. de calumniatoribus 3, 6. Paulus libro 10 ad edictum: si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor.

11) Mitteis a. a. O., insbesondere S. 109, betont scharf, daß bei der direkten Stellvertretung sowohl der Vertretene als der Vertreter juristisch handeln und vereint das Rechtsgeschäft erzeugen. Vgl. Leonhard a. a. O. S. 19, Hölder, Pand. § 57, Randa, Eigentumsrecht 2. Aufl. S. 369. Hiernach beantwortet sich die schwierige Frage, auf wessen Wissen und Verschuldung es ankommt, ob auf diejenigen des Vertretenen oder des Vertreters? Soweit die Gestaltung des Geschäftes durch den Prinzipal geschah, ist dessen Wissen, Irrtum, Dolus oder Verschuldung entscheidend; soweit der Vertreter das Geschäft bildete, ist auf dessen Kenntnis und Absicht zu sehen. Nach der Repräsentationstheorie käme es nur auf Wissen und Wollen des Vertreters an, was zu sehr unbilligen und unpraktischen Resultaten führt. Wenn z. B. jemand weiß, daß eine Sache dem nicht gehört, welcher sie zum Verkauf ausbietet, und er beauftragt seinen

2. Der mittelbare Stellvertreter schließt Geschäfte auf fremde Rechnung, aber im eigenen Namen.[12]

Der mittelbare Stellvertreter ist die Geschäftspartei. Er allein ist seinem Mitkontrahenten gegenüber persönlich berechtigt und verpflichtet; der Geschäftsherr erwirbt diesem gegenüber weder Rechte noch Verpflichtungen. Trotzdem sind die Geschäfte zum Nutzen und Schaden des Vertretenen; sie gehen auf dessen Rechnung. Der Vertretene kann von dem Vertreter Herausgabe dessen fordern, was dieser infolge des Geschäftsschlusses erwarb; er muß ihm aber Aufwendungen ersetzen und Verbindlichkeiten abnehmen, welche ihm infolge des Geschäftsschlusses zur Last fielen.

§ 106. Stellvertretung nach römischem Rechte.[1]

1. Die direkte Stellvertretung war dem älteren römischen Rechte fremd und eine ungehemmte Entwicklung hat sie in Rom nie gefunden.[2]

Handlungsgehilfen, der dies nicht weiß, zum Ankauf, so kann er nicht als gutgläubiger Erwerber gelten, trotz des redlichen Glaubens seines Bevollmächtigten. Die Repräsentationstheorie muß folgerecht das Gegenteil annehmen. Die römischen Stellen, welche unsere Frage berühren, l. 12, 13 D. de contr. empt. 18, 1, l. 51 D. de aed. ed. 21, 1, l. 16 §§ 3 u. 4, l. 22 D. de lib. causa 40, 12 behandeln überwiegend Fälle sog. *indirekter* Stellvertretung und sind darum für die direkte nicht maßgebend. Wie hier im wesentlichen auch BGB. § 166.

12) Es besteht ein terminologischer Streit darüber, ob man auch diese Art des Geschäftsschlusses Stellvertretung nennen könne. Jhering a. a. O. Bd. 1 S. 212 ff. verwirft dies. Er wählt den Ausdruck „Ersatzmann"; Scheurl a. a. O. empfiehlt den Ausdruck „Zwischenperson"; Siegel hat die Bezeichnung „stiller Stellvertreter" vorgeschlagen. Eine allgemeine Anerkennung hat keine dieser Bezeichnungen gefunden. Vgl. Windscheid § 73 Anm. 2.

1) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 488; Hellmann a. a. O.: Mitteis a. a. O. S. 9.

2) l. 11 D. de obl. et act. 44, 7, l. 38 § 17 D. de verb. obl. 45, 1, l. 53 D. de a. r. d. 41, 1. Mitteis a. a. O. S. 33. Über die Anerkennung der direkten Stellvertretung des griechischen Rechts in der provinziellen Praxis Wenger a. a. O. S. 218 ff. Dagegen Mitteis, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 28 S. 478 und Privatrecht S. 231. Eine besondere Stellung nahm der *römische Prokurator* ein. Siehe namentlich Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 89, vgl. unten die Lehre vom Besitz. Im römischen Leben bezeichnete man als procuratores Vertrauenspersonen eines Herrn, die *regelmäßig* in seinen Geschäften tätig waren. Es handelte sich um eine soziale Stellung, eine Art von Amtstitel, der an eine Vertrauensstellung anknüpfte. Wer procurator hieß, weil er regelmäßig für einen Geschäftsherrn handelte, konnte daher im gegebenen Falle sehr leicht ohne Vollmacht sein. Wo dies von Wichtigkeit ist, heben die Juristen hervor, daß es sich um Prokuratoren handele, die im Besitz eines Mandates seien. Daher spricht z. B. Modestin in l. 63 D. de proc. 3, 3 von einem procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt. Es gab jedoch Juristen, welche den Ausdruck procurator im juristischen Sinne im Gegensatz zur Laiensprache nur für Mandatare verwerten wollten. Dies tat Ulpianus libro 9 ad edictum l. 1 pr. § 1 D. de proc. 3. 3. Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat § 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus . . . quamvis quidam, ut Pomponius libro 24 scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse. Meistens unterschied man den procurator verus, d. h. den mit Vollmacht versehenen, und den procurator falsus, der eine Vollmacht nicht besitzt. Schloßmann, a. a. O. S. 117. Ferner unterschieden die Römer libera administratio des Generalbevollmächtigten von gewöhnlicher Verwaltung. l. 58 ff. D. de proc. 3, 3. Hieran schloß sich das kanonische Recht in cap. 4 in 6to de procuratoribus 1, 19. Die Unterscheidung ging in die Praxis über. Früher forderte man überwiegend, daß die „freie" Verwaltung *ausdrücklich* in der Vollmacht gestattet sei. Es besteht jedoch kein Grund, anderen unzweideutigen Erklärungen des Vollmachtgebers keine Folge zu geben.

Die Gestaltung der hausherrlichen Gewalt ließ sie dem römischen Verkehr zeitweise entbehrlich erscheinen. Denn dem Hausherrn gehörte von Rechts wegen alles, was seine Sklaven erwarben, wie auch was Sklaven in seinem Nießbrauch, sowie Freie, die er in gutem Glauben als Sklaven besaß, mittels seines Vermögens oder durch ihre Dienste erlangten. Wie die Sklaven erwarben nach klassischem Recht Hauskinder und andere Gewaltuntergebene alles dem Hausvater. Nach Justinian übertrugen die Hauskinder noch unmittelbar auf den Vater, was sie mit dessen Vermögen verdienten.[3] Dies alles war nicht Stellvertretung, denn der Erwerb vollzog sich ohne Willen des Untergebenen und ohne Wissen und Willen des Herrn. Trotzdem wurde vielfach dasselbe Resultat erzielt wie durch Stellvertretung. Dies namentlich seit der Prätor den Gewaltuntergebenen Inanspruchnahme von Kredit dadurch ermöglichte, daß er aus ihren Geschäftsschulden unter gewissen Voraussetzungen und Maßgaben Klagerechte gegen den Hausvater gewährte.[4]

Da die eigenen Kräfte des Hauses in der älteren römischen Zeit regelmäßig ausreichten, um die ihm nötigen Verkehrsgeschäfte zu vollziehen, so stellte sich der Grundsatz fest, der sprichwörtlich wurde: per liberam personam adquiri nobis non potest.[5] Durch eigene Entschließung sollte man seine Rechte gestalten. Dies war römische Grundidee. Ließ man doch um deswillen kaum der Kindheit entwachsene Unmündige unter auctoritas ihres Tutors die Rechtshandlungen, die sie angingen, selbst vollziehen. Um so mehr mußte für mündige Personen die persönliche Vornahme ihrer Geschäfte geboten scheinen.

2. Im Laufe der Zeit wurde freilich der altüberkommene Grundsatz ein schweres Hindernis des Verkehrs. Das entwickelte römische Recht hat ihn daher möglichst umgangen und eingeschränkt.[6]

Stellvertreter durften Rechte Dritter wahren, z. B. durch Bauverbote, Mahnungen,[7] ferner Verwaltungsakte vornehmen, Dienste als Boten leisten.[8] Dies wurde auf das äußerste ausgebeutet.[9] Auch Besitzerwerb durch Stellvertreter ließ man zu.[10] [11]

3) Gaj. Inst. II §§ 86 ff., tit. Inst. per quas personas 3, 28.

4) Vgl. unten im Obligationenrecht unter Verhaftung aus fremden Geschäften.

5) Gaj. Inst. II § 95. Paul. sent. V. 2 § 2, l. 11 § 6 D. de pign. act. 13, 7, l. 126 § 2 D. de verb. obl. 45, 1, l. 1 pr. C. per quas personas 4, 27. Vgl. die Zusammenstellung bei Schloßmann, der Besitzerwerb S. 47 ff. Über die Unmöglichkeit direkter Stellvertretung in den Formalgeschäften des jus civile Mitteis, röm. Privatrecht S. 208 ff.

6) Die hierhergehörigen Stellen hat Hellmann a. a. O. S. 43 sorgfältig gesammelt; doch ist keineswegs in allen von ihm aufgeführten Stellen von direkter Stellvertretung die Rede, beispielsweise gewiß nicht in l. 64 D. pro socio 17, 2.

7) l. 1 §§ 3, 20 D. de oper. novi nunc. 39, 1, l. 24 § 2 D. de usuris 22, 1, l. 1 §§ 3, 4 D. de agnosc. liberis 25, 3, l. 2 D. de fidej. et nom. 27, 7, l. 18 § 4 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5.

8) l. 14 § 3, l. 15 D. de pecunia constituta 13, 5, l. 1 § 11 D. depositi 16, 3.

9) So mag Mitteis Recht haben, wenn er die scheinbar direkte Stellvertretung in den Papyri auf Botendienste zurückführt, vgl. Anm. 2.

10) Siehe unten die Lehre vom Besitz. Auch die Darlehensforderung wurde durch

Im übrigen half man sich durch eine eigentümliche Entwicklung der indirekten Stellvertretung. Der Schiffer — magister navis —, welcher das Schiff eines Dritten — des Reeders, exercitor navis —, führte, und der institor, welcher an die Spitze eines fremden Erwerbsgeschäftes gestellt war, berechtigten und verpflichteten sich zwar aus den Gewerbegeschäften persönlich. Aber der Prätor sicherte diesen Geschäftsunternehmungen den nötigen Kredit dadurch, daß er aus deren Geschäftsschulden die actio exercitoria gegen den Reeder und die actio institoria gegen den Handelsherrn gab, wonach dieselben neben ihren Angestellten hafteten. Hiermit erhielten diese indirekten Vertretungen in gewissem Maße die Wirkung einer direkten.[12] Man wußte sich also zu helfen; aber man brach bis zuletzt nicht mit dem Grundsatze der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung.[13]

VII. Fehlerhafte Geschäfte.

§ 107. Nichtigkeit und Entkräftbarkeit.

Vorgänge, welche die äußere Gestalt eines Rechtsgeschäftes annehmen, entbehren nicht selten der rechtlichen Wirkungen, die sich aus diesem Geschäfte ergeben. Derartige Geschäfte bezeichnet man meist als ungültige,[1] wir nennen sie fehlerhafte.

---

direkte Stellvertreter erworben, vgl. l. 2 § 4, l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1, Mitteis a. a. O. S. 67. Über den Erwerb des Pfandrechtes siehe l. 11 § 6 D. de pign. act. 13, 7, l. 21 D. de pign. 20, l. l. 3 C. per quas personas 4, 27. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 204.

11) Eine Singularität war, daß der Hausvater seinen Hauskindern die Ermächtigung zur Manumission von Sklaven an seiner Statt geben konnte, l. 3 pr., l. 22 D. de manumiss. vindicta 40, 2, vgl. oben § 105 Anm. 9.

12) Über diese „Surrogate der Stellvertretung" Mitteis, röm. Privatrecht S. 225 ff.

13) Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 21 ff., ist anderer Ansicht. Er beruft sich auf l. 53 D. de a. r. d. 41, 1. Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium: Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Savigny nimmt an, es sei hier freie Stellvertretung bei formlosen Geschäften anerkannt, nur bei Formalgeschäften werde sie noch verworfen. Aber Modestin setzt hier nicht formellen und formlosen Erwerb in Gegensatz, sondern Rechtserwerb und Besitzerwerb.vgl. l. 49 D. de V. S. 50, 16, abgedruckt oben § 17 Anm. 4. Nach modernem Recht findet die direkte Stellvertretung weiteste Anwendung. Nur ausnahmsweise wird Handeln in eigener Person verlangt, z. B. bei der Eheschließung, Testamentserrichtung. Ebenso auch nach BGB. Besonders ausgebildet ist die direkte Stellvertretung im Handelsrecht. In dem Dienste der Kaufleute finden sich Prokuristen mit unbeschränkter Vollmacht zu allen Geschäften, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. HGB. §§ 48 ff. Auch Handlungsagenten, welche nicht im Dienste des Kaufmannes stehen, haben nicht selten Vollmacht, in seinem Namen Geschäfte zu schließen, vgl. HGB. § 84; Laband, die Stellvertretung nach dem HGB. in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 10 S. 183 ff. RG. in Seufferts Archiv Bd. 48 n. 48

1) Gradenwitz, die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte 1887. Über diese Arbeit Eck in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 77 ff., Mitteis in Grünhuts Zeitschr. Bd. 16 S. 641 ff. und Endemann in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 34 S. 613 ff. Mitteis, z. L. v. d. Ungültigkeit in Iherings Jahrb. Bd. 28 n. 3. Bekker in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 15 S. 204 ff. Hellmann in ders. Zeitschr. Bd. 23 S. 380 ff. Bd. 24 S. 50 ff., Ferrarini, l'invalidità degli atti giuridici 1892. Savigny Bd. 4 S. 536 hat zuerst die Bezeichnung „ungültige Geschäfte" angewendet. Sie ist seitdem allgemein

Sie sind entweder *nichtig* oder bloß *entkräftbar*.

Noch vor kurzem sah man in der scharfen Sonderung der Nichtigkeit und Entkräftbarkeit ein Zeichen der Größe des römischen Rechts. Derzeit sprechen manche dem Gegensatz die innere Berechtigung ab; es liege ein bloß historischer Unterschied vor. In Rom seien die Rechtsgeschäfte bald nach Zivilrecht unwirksam — nichtig — gewesen, bald habe ihnen die prätorische Jurisdiktion die Geltung entzogen — entkräftbare Geschäfte. Dieser Unterschied sei aber mit dem Dualismus des zivilen und prätorischen Rechtes beseitigt. Nur darum handele es sich jetzt, ob ein juristischer Tatbestand in der beabsichtigten Weise wirke oder nicht.[2]

Mag diese Auffassung sich auch geschichtlich begründen lassen, der Gegensatz selbst liegt aber im Wesen der Sache und ist auch heute noch von Bedeutung.

1. *Nichtige* Geschäfte haben zwar den Anschein, nicht aber das Wesen eines Rechtsgeschäftes. Um diesen Anschein zu erzeugen, muß der Geschäftsabschluß äußerlich beurkundet oder sonst beweisbar sein. Diesem Vorgange fehlen aber die rechtlichen Erfordernisse eines Geschäftes, sei es weil die allgemeinen Grundbedingungen der Rechtsgeschäfte, insbesondere Rechts- und Willensfähigkeit oder der Geschäftswille nicht vorhanden waren, sei es weil die besonderen Erfordernisse gerade des beabsichtigten Geschäftes mangelten, sei es endlich, daß Umstände vorlagen, die das Zustandekommen des fraglichen Geschäftes verhinderten, z. B. ein Veräußerungsverbot, welches die Veräußerung nichtig machte.

Sein und Nichtsein sind absolute Gegensätze. Daher scheint die Logik zu fordern, daß die Nichtigkeit stets eine absolute sei. Dennoch bewährt sich dies nicht. Auch eine *relative Nichtigkeit* kommt vor, so daß dasselbe Geschäft unter gewissen Umständen als nicht existierend gilt und zugleich unter anderen Verhältnissen doch Geltung hat.

a) Das *absolut nichtige* Geschäft ist *rechtlich schlechthin nicht vorhanden*. Diese Nichtigkeit können daher nicht nur die Vertragschließenden und ihre Rechtsnachfolger geltend machen, sondern wer immer bei ihr interessiert ist.[3] Ist sie gerichtskundig geworden, etwa

gebräuchlich geworden. Ungültig heißt aber nichts anderes, als ohne Geltung, d. h. wirkungslos. Manche verstehen daher freilich sprachlich nicht inkorrekt unter den ungültigen Geschäften auch bedingte nach Ausfallen der Bedingung. So angewendet umfaßt der Ausdruck völlig heterogene Dinge. Einer besonderen Betrachtung bedürfen die fehlerhaften Geschäfte. Dieser Terminus begrenzt daher das hier zu behandelnde Gebiet zweckmäßiger. Er ist auch quellenmäßig, da die Römer von vitiosen Geschäften — institutio vitiosa — reden. l. 29. l. 201 D. de R. J. 50, 17. Von inutilis spricht u. a. l. 210 D. eod. Über BGB. siehe Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 115.

2) So namentlich Lenel, Exzeptionen S. 137, Schloßmann, Zwang S. 20; vgl. aber Thon, Rechtsnorm S. 266, und die rechtsverfolgende Einrede in Jherings Jahrb. Bd. 28 S. 43, Leonhard, Irrtum S. 294. Richtig ist, daß die römischen Juristen keine feststehenden technischen Bezeichnungen für Nichtigkeit und Entkräftbarkeit hatten, vgl. Lothar Seuffert, Ratihabition S. 119 Anm. 8, Schloßmann, Zwang S. 23 Anm. 30. Der Gegensatz kam aber in den Rechtsmitteln, die sie in dem einen oder dem anderen Falle anwendeten, zum Ausdruck.

3) Z. B. im Fall einer nichtigen Schenkung die Gläubiger des Schenkers, vgl. RG. Bd. 23 S. 177.

durch den eigenen Vortrag des Klägers, so hat sie auch der Richter von Amts wegen zu berücksichtigen. Daher kann er auf ein Klagevorbringen, welches sich auf ein nichtiges Geschäft stützt, auch dann keine Verurteilung gründen, wenn der Beklagte nicht erscheint oder sich nicht verteidigt.[4]

Einer besonderen Klage bedarf es zur Geltendmachung der Nichtigkeit keineswegs. Es steht frei, unter Ignorierung des nichtigen Geschäftes Klagen und Einreden vorzubringen und falls es wie ein gültiges entgegengestellt wird, dessen Nichtigkeit zu beweisen. Wer aber ein rechtliches Interesse dabei hat, kann auch mittels Feststellungsklage richterliche Konstatierung der Nichtigkeit erlangen.[5] [6]

b) Die Nichtigkeit ist eine relative, wenn sie nicht von jedem bei ihr Interessierten und nicht in allen Fällen geltend gemacht werden darf. Häufig führen nämlich Erwägungen der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit, der guten Ordnung dahin, gewissen Personen die Vorschützung der Nichtigkeit zu entziehen und sie bestimmten Anfechtungsberechtigten allein zu eröffnen.[7] [8]

c) In einigen Fällen ist zur Geltendmachung der Nichtigkeit eine Klage notwendig. Insbesondere ist die Beseitigung einer formgerecht geschlossenen Ehe, auch wenn sie nichtig oder anfechtbar ist, nur durch Klage möglich. Das gleiche gilt von nichtigen Urteilen.[9]

2. Wahre aber mangelhafte Geschäfte sind entkräftbar. Solche Geschäfte begründen das beabsichtigte Rechtsverhältnis an und für sich. Der Richter ist daher berechtigt und verpflichtet, auf Grund derselben zu verurteilen, sofern ihr Mangel nicht geltend gemacht wird. Dies auch dann, wenn der Fehler, aus welchem die Entkräftbarkeit entspringt, tatsächlich im Prozeß liquid gestellt wurde.[10]

---

4) ZPO. § 331. Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes kann der Beklagte, auch wenn er sie in den früheren Instanzen nicht gerügt hat, mittels Revision beim Reichsgericht geltend machen, RG. Bd. 8 S. 144.

5) ZPO. § 256.

6) Über den Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft siehe Bolze im Archiv für ziv. Praxis Bd. 76 n. 6.

7) Gegen die relative Nichtigkeit erklärten sich Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 4 und 5, Mitteis a. a. O. S. 131, Regelsberger Bd. 1 § 174 Anm. 19, vgl. dagegen Windscheid Bd. 1 § 82 Anm. 8.

8) Das BGB. bezeichnet die „relative Nichtigkeit" als „Anfechtbarkeit". So namentlich §§ 119, 123 vgl. § 142, ebenso die relativ nichtige Ehe § 1331. Die Anfechtung des BGB. steht zwischen absoluter Nichtigkeit und Entkräftbarkeit in der Mitte. Der Anfechtungsgrund fordert eine — in der Regel formlose — Erklärung der Anfechtung durch den Anfechtungsberechtigten innerhalb gesetzlicher Frist, vgl. namentlich § 124. Wird das anfechtbare Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen BGB. § 142. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 §§ 117 ff.

9) ZPO. §§ 606 ff., 578 ff.

10) Geht also aus der Verhandlung hervor, daß das der Klage zugrunde liegende Geschäft durch Erpressung veranlaßt ist, so muß der Richter doch verurteilen, solange der Beklagte die Erpressung nicht geltend macht. Nicht anders verhielt es sich beim S. C. Vellejanum. Gradenwitz a. a. O. S. 75 und S. 309 behauptet zwar, der Prätor habe die exc. S. C. Vellejani eingefügt, wofern nur der Verdacht einer Interzession vorlag, auch wo die Frau keine bezügliche Bitte stellte; dies ist aber nicht bewiesen. Jedenfalls teilte er für das justinianische Recht unsere Anschauung, S. 415. Vgl. ferner Thon in Iherings Jahrb. Bd. 28. S. 78.

Es bedarf also einer besonderen Reaktion — der Geltendmachung des Entkräftungsgrundes — um die Wirkung solcher Geschäfte zu hemmen oder zu beseitigen. Im einzelnen sind die Gründe sehr verschiedener Art; hiernach auch Inhalt und Umfang der Gegenwirkung, die Gestaltung der Rechtsmittel, die Entkräftungsberechtigten und die Verpflichteten.

Die Entkräftung kann gewöhnlich durch Einrede geltend gemacht werden, zuweilen ist eine Klage erforderlich, unter Umständen hat eine besondere in integrum restitutio durch die Obrigkeit einzutreten.

Häufig handelt es sich um einen Anspruch seitens des einen der Vertragschließenden gegen den anderen, z. B. wegen Betruges; zuweilen geht der Anspruch auch gegen Dritte, beim Vertragsschluß nicht Beteiligte, z. B. im Falle der Erpressung. Gewisse Entkräftungsgründe berechtigen nur Dritte. Dahin gehört namentlich die „Anfechtungsklage" der Gläubiger — die actio Pauliana — gegenüber Rechtshandlungen ihres zahlungsunfähigen Schuldners.

Verzicht auf die Entkräftung beseitigt den Mangel des Rechtsgeschäftes, wenn der Verzichtende zu der Erklärung legitimiert ist.

§ 108. Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte.[1]

Staatsinteresse und religiöse Empfindung treten bei der Frage in Konflikt, ob eine eidliche Bestärkung fehlerhaften Geschäften Kraft verleiht. Nach unseren Rechtsquellen wurde diese Frage seit anderthalb Jahrtausenden in verschiedenem Sinne beantwortet.

1. Die Römer sprachen der Bestätigung fehlerhafter Geschäfte durch promissorischen Eid im allgemeinen die verbindliche Kraft ab.[2] Eine Verordnung von Alexander Severus versagte jedoch Minderjährigen die Restitution gegen durch Eid körperlich — d. h. persönlich — bekräftigte Verkäufe, weil Eidbruch und Treubruch die Rechtswohltat nicht verdienten.[3]

2. Im Mittelalter stritt man über die Tragweite dieser Verordnung. Im Gegensatze zur Ansicht von Bulgarus bezog sie Martinus auch auf nichtige Geschäfte der Minderjährigen. Ihm folgend erklärte die authentica „sacramenta puberum" von Friedrich I. nicht erzwungene, an sich ungültige Geschäfte von Minderjährigen im Falle eidlicher Bestärkung für gültig. Desgleichen taten die Päpste, sofern es sich nicht um Geschäfte handele, welche das Seelenheil gefährdeten.[4]

3. Dies war Ausfluß mittelalterlicher Rechtsansichten, wonach sich die Willkür des Individuums über die Rechtsordnung erheben konnte. Nach neuerem gemeinen Rechte hat aber eidlicher Verzicht auf Geltendmachung der Fehler eines Geschäftes nicht mehr Kraft als jede einfache Erklärung.[5]

---

1) Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 3 n. 9.

2) l. 7 § 16 D. de pactis 2, 14, l. 5 § 2 C. de legibus 1, 14, l. 112 § 4 D. de legatis I.

3) l. 1 C. si adversus venditionem 2, 27. Auch Verträge, durch welche ein Freigelassener seinem Patron Dienste versprach, konnten eidlich bekräftigt werden; l. 7 pr. § 1 D. de oper. libert. 38, 1. vgl. Pernice in den Sitzungsber. der Berliner Akademie 1886 S. 1175 ff.

4) cap. 8 X de jurejurando 2, 24, cap. 2 in 6to de pact. 1, 18.

5) Das BGB. kennt eidliche Bestärkung nichtiger Rechtsgeschäfte nicht. Man wird sie auch auf dem Gebiete der Landesgesetzgebungen und bei Willenserklärungen öffentlichrechtlicher Natur nicht mehr anerkennen.

§ 109. Konvaleszenz nichtiger Geschäfte.

1. Nichtige Rechtsgeschäfte gewinnen keine Kraft dadurch, daß der Grund wegfällt, in welchem ihr Fehler bei ihrer Begründung beruhte.[1]

In einigen Fällen wird jedoch die Nichtigkeit durch *Veränderung der Umstände* geheilt. Insbesondere erhielten nach römischem Rechte Schenkungen unter Ehegatten Geltung, wenn der Schenker vor dem Beschenkten in der Ehe verstirbt, ohne widerrufen zu haben.[2]

2. Ganz singulär ist es, daß *Zeitablauf* die Nichtigkeit der Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke Minderjähriger, welche ohne obervormundschaftlichen Konsens geschehen war, heilt.[3]

3. Durch *Genehmigung* werden nichtige Geschäfte gültig, wenn sie seitens der Beteiligten unter Umständen erfolgt, unter denen sie das Geschäft gültig schließen könnten. Die Genehmigung ist ein *selbständiges* Geschäft, so daß sie keineswegs an die Formen gebunden ist, welche das genehmigte Geschäft an sich tragen mußte, sofern nur dieses die erforderlichen Formen einhielt.[4] Sie hat rückwirkende Kraft.[5] Die Rückziehung ist ausgeschlossen, wenn die Nichtigkeit Folge eines Verbotsgesetzes ist, dessen Wirksamkeit durch die Rückziehung in Frage gestellt würde,[6] oder wenn sie durch Verabsäumung der gesetzlichen Form des Geschäftes entstand.[7]

---

1) l. 201 D. de R. J. 50, 17 von Javolenus; l. 210 D. eod. Licinnius Rufinus libro 2 regularum: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest. Dann generell l. 29 D. de R. J. 50, 17 Paulus libro 8 ad Sabinum: Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

2) l. 32 D. de don. int. vir. et uxor. 24, 1; vgl. ferner l. 17 D. de fundo dotali 23, 5. Es konvalesziert auch Veräußerung und Verpfändung fremder Objekte nachträglich, wenn der Veräußerer später deren Eigentümer wird. Vgl. BGB. § 185 Abs. 2.

3) l. 3 C. si major factus 5, 74.

4) War z. B. eine Ehe nichtig, weil einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war, und bestätigt er die Ehe nach dem Wegfall seiner Geschäftsunfähigkeit, so bedarf die Bestätigung nach BGB. § 1325 nicht der Form der Eheschließung.

5) Windscheid § 83 Ziffer 2 und Lothar Seuffert, Ratihabition S. 117 nennen diese Art der Genehmigung „Bestätigung". Ebenso BGB. § 141. Es ist streitig, ob die Genehmigung nichtiger Rechtsgeschäfte rückwirkende Kraft hat oder nicht. Die *Absicht* des Ratihabenten ist nicht Begründung eines neuen Geschäftes, sondern *Bekräftigung* des genehmigten. Siehe oben § 72 Anm. 8. Justinian gibt der Ratihabition fehlerhafter Geschäfte rückwirkende Kraft. l. 25 C. de don. int. vir. et uxor. 5. 16, l. 7 pr. C. ad S. C. Macedonianum 4, 28. Dies mochte ihm um so unbedenklicher erscheinen, als die Rückziehung nur unbeschadet der Rechte Dritter geschieht. Es war damit eine handliche Formel gewonnen und zugleich ein Resultat, welches dem praktischen Bedürfnis entsprach. So im wesentlichen Windscheid Bd. 1 § 83 Anm. 10, RG. Bd. 27 S. 163, Entsch. d. oberst. Landesger. für Bayern Bd. 12 S. 526. Anderer Ansicht namentlich Seuffert a. a. O. S. 122 ff., Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 215. Nach BGB. § 141 ist die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts als *erneute Vornahme* desselben zu beurteilen. Doch sind die Parteien, welche einen nichtigen Vertrag bestätigt haben, *untereinander* so verpflichtet, als wenn derselbe von Anfang an gültig gewesen wäre.

6) Aus diesem Satze erklärt sich die Entscheidung der l. 65 § 1 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

7) Diese Beschränkung geht aus der l. 25 C. de don. int. vir. et uxor. 5, 16 hervor.

VIII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

§ 110. Auslegung.[1]

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte begnügt sich im entwickelten Rechte nicht, wie in früheren Epochen, mit dem Wortsinne. Sie sucht den *Willen* der Beteiligten aus der *Gesamtheit der Bestimmungen* des Geschäftes und nach dessen erkennbaren *Zielen* zu ermitteln.[2]

Zu diesem Zwecke hat sich der Interpret Zeit und Ort und Umstände des Geschäftsschlusses zu vergegenwärtigen.

Die Schwierigkeit steigert sich bei zweiseitigen Geschäften. Hier ist festzustellen, worüber die Beteiligten *einig geworden* sind. Dabei ist der gewöhnliche Sinn, welchen die gebrauchten Worte am Orte der Abfassung haben, zugrunde zu legen,[3] es sei denn, daß die Beteiligten einen anderen Sprachgebrauch hatten.[4] Der Gebrauch von Geschäftsformularen, welche im Verkehr üblich sind, und deren Sinn feststeht, erleichtert unter Umständen die Aufgabe. Oft liegt dem Interpreten ein ungeklärtes Material vor, da den Beteiligten die Fähigkeit oder die Zeit oder die Sorgsamkeit fehlte, ihren Gedanken Durchbildung und entsprechenden Ausdruck zu geben. Es muß dann der Richter die bestimmenden Gedanken zu entwickeln und durchzuführen suchen.[5]

Erläuterungen der Beteiligten dienen zur authentischen Interpretation des Geschäftes, mögen sie vor oder nach dem Geschäftsschlusse abgegeben sein. Bei letztwilligen Verfügungen sind die Erläuterungen des Erblassers maßgebend;[6] bei zweiseitigen Geschäften muß Einverständnis

---

1) Brinz 1. Aufl. S. 1572 ff., 2. Aufl. Bd. 4 § 568, Regelsberger bei Endemann, Handelsrecht Bd. 2 S. 386 ff., Leonhard, Irrtum 2. Aufl. Teil 1 S. 174 ff., Erich Danz, die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897. Sokolowski, Philosophie im Privatrecht Bd. 1 §§ 9, 15. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 111.

2) Dies sprechen die klassischen Juristen oft aus, und zwar für Testamente wie für Verträge. l. 12 D. de R. J. 50. 17; l. 219 D. de V. S. 50, 16. Papinianus libro 2 responsorum: In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus qui suscepit pertineret, jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. So auch RG. Bd. 19 S. 63. Dennoch finden sich Äußerungen, die scheinbar entgegenstehen. So l. 25 § 1 D. de leg. III Paulus libro 1 ad Neratium: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Paulus meint wohl nichts anderes, als daß man an Geschäften nicht deuteln solle, die wörtlich genommen einen befriedigenden Sinn geben. Schärfer spricht dies Marcellus libro singulari responsorum l. 69 pr. D. eod. aus: Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem. Vgl. RG. Bd. 9 S. 232, l. 125 D. de V. S. 50, 16. Siehe übrigens auch Gradenwitz, Interpolationen S. 170.

3) Wächter im Archiv für ziv. Praxis Bd. 19 S. 114.

4) Bei Geschäften, die von Bevollmächtigten, Notaren, Gerichten redigiert sind, ist deren Sprachgebrauch maßgebend.

5) In diesem Sinne ist es aufzufassen, wenn das ROHG. Bd. 22 S. 271 bemerkt, „was die Interessenten für einen von ihnen nicht vorgesehenen Fall nach den Zwecken ihres Geschäftes und der herrschenden Auffassung gewollt haben würden, das ist in Wahrheit ihr Wille".

6) l. 21 § 1 D. qui test. facere 28, 1, l. 96 D. de R. J. 50, 17.

über die Erläuterung obgewaltet haben,[7] die man für uns anrufen will. Langjährige gleichförmige Übung gilt als Erläuterung der Geschäftsabsicht, vorausgesetzt daß sie nicht nachweisbar auf Irrtum, Geschäftskulanz oder ähnlichen Motiven beruht.

Eine Auslegungsregel, mit welcher die römischen Juristen vielfach operieren, ist: jedes Wort genau zu beachten und nichts als überflüssig anzusehen. Sie ist zutreffend, wo eine sorgsame Redaktion der Geschäftsbedingungen vorauszusetzen ist, z. B. bei Statuten von Aktiengesellschaften, bei Versicherungsbedingungen. Es muß aber zu Mißgriffen führen, wenn ein prägnanter Sinn auch da gesucht wird, wo Ungeschick und Unklarheit der Redaktion zutage treten. Im Zweifel ist die geringere Belastung und Verpflichtung anzunehmen; eine Verbindlichkeit ist nur anzuerkennen, soweit sie nachweisbar ist.[8]

§ 111. Beurteilung nach Redlichkeit und Recht.

Die Rechtsgeschäfte stehen unter der Herrschaft der Redlichkeit — der bona fides. Diese verlangt Festhalten am Vereinbarten, sie fordert aber auch eine Deutung, wonach ein solches Verfahren nicht für den einen Teil zum Fallstrick wird.[1]

1. Hieraus erklärt sich die Regel, daß *dunkele und zweideutige Bestimmungen* eines Vertrages dem schaden, welcher ihn *redigiert* hat, wenn anzunehmen ist, daß sie der andere Teil nicht vollständig übersah. Die Rechtsquellen wenden diese Regel vorzugsweise gegen Verkäufer und Vermieter an,[2] neuere Entscheidungen auf die formularmäßigen Bedingungen von Versicherungs- und Transportanstalten.[3] Ebenso sind die von den Arbeitgebern, z. B. in Fabriken, Bergwerken allgemein aufgestellten Arbeitsbedingungen zu behandeln.

Im allgemeinen aber ist unklar Gefaßtes so auszulegen, wie es der Natur des betreffenden Geschäftes und den Zwecken, welche die Parteien mit demselben ersichtlich verfolgten, am besten entspricht.[4]

---

7) Vgl. oben § 86.

8) l. 34 in fine D. de R. J. 50, 17, l. 9 D. eod.

1) Die römischen Quellen sprechen dies für bonae fidei negotia aus. l. 7 § 1 am Ende D. de resc. vend. 18, 5. Paulus libro 5 quaestionum . . . vix bonae fidei convenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si justo errore sit deceptus; ähnlich l. 22 C. de locato 4, 65, vgl. Birkmeyer, Exzeptionen 1874 S. 146 ff., ROHG. Bd. 10 S. 11 ff. Nach heutigem Rechte haben alle Rechtsgeschäfte den Charakter von bonae fidei negotia, abgesehen von Wechselschulden. Vgl. BGB. § 157: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

2) l. 39 D. de pactis 2, 14. Papinianus libro 5 quaestionum: Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere. l. 33 D. de contr. empt. 18, 1, l. 77 D. eod. Das gleiche nahm Celsus bei Stipulationen an. l. 26 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 99 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

3) ROHG. Bd. 14 S. 437, RG. Bd. 10 S. 160, Bd. 18 S. 143. Dies hat auch unter der Herrschaft des BGB. nach § 157 zu gelten.

4) l. 67 D. de R. J. 50, 17. Julianus libro 87 digestorum: Quotiens idem

2. Die einzelnen Festsetzungen des Geschäftes sind unter Umständen zwar nicht verträglich mit dem Namen, welchen ihm die Beteiligten beilegen, genügen aber für den Tatbestand eines anderen Geschäftes, an das sie zunächst nicht dachten. Dann hat sie der Richter unter den entsprechenden rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen. Man bezeichnet dies meist als Konversion des Rechtsgeschäftes. In der Tat handelt es sich aber um Erhaltung, nicht um Umwandlung des Geschäftes.[5]

3. Gültiges ist vom Ungültigen zu trennen — utile per inutile non vitiatur.[6] Eine derartige Scheidung ist aber unzulässig, wenn ihr Ergebnis der Vertragsabsicht[7] oder der Intention von Verbotsgesetzen widerspräche.[8]

4. Die Erhaltung letztwilliger Verfügungen,[9] der Dos,[10] der Freiheit — causae favorabiles — wird nach den römischen Quellen besonders angestrebt.

---

sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est. l. 21 § 1 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 80 D. de verb. obl. 45, 1.

5) Beispiele solcher Konversion des Namens des Geschäftes, nicht des Geschäftes selbst geben l. 5 pr. D. de resc. vend. 18, 5, l. 8 pr., l. 19 pr. D. de acceptil. 46, 4 und andererseits l. 1 § 2 D. de verb. obl. 45, 1, l. 1 § 4 D. de pecunia constituta 13, 5. RG. Bd. 31 S. 34. Vgl. Römer, Konversion der Rechtsgeschäfte im Archiv für ziv. Praxis Bd. 36 n. 4. Eine Konversion des Geschäftes der Sache nach findet sich, wenn einem Beteiligten das Recht gegeben ist, das Geschäft durch seinen Entschluß umzuwandeln, z. B. der Mieter wird berechtigt, die Miete nach Belieben in ein Kaufgeschäft zu verwandeln. Es gehört hierher auch die Kodizillarklausel, wonach der Testamentserbe seine Erbeseinsetzung in die Zuwendung eines Universalfideikommisses umwandeln darf.

6) l. 1 § 5 D. de verb. obl. 45, 1, vgl. aber l. 7 § 1 D. de receptis 4, 8. Römische Beispiele der Regel sind folgende: Zinsversprechen, welche das gesetzliche Zinsmaximum überschritten, waren bis zum Belaufe der gesetzlichen Zinsen gültig, Zahlungsversprechen — constitutum — einer Schuld über das Maß der Schuld hinaus haben bis zu deren Belauf Geltung. l. 11 § 1 D. de pecunia constituta 13, 5. Dagegen war eine fidejussio, durch welche mehr als die Hauptschuld versprochen wurde, gemäß stritten Rechtes in Rom ganz ungültig. Nicht insinuierte Schenkungen über 500 solidi waren über diesen Betrag hinaus nichtig, bis zu diesem Betrage gültig. Vermächtnisse, welche die Falcidische Quart überschritten, wurden reduziert.

7) Sie ergibt sich aus den Zwecken des Geschäfts. Man kauft z. B. einen Bauplatz mit einem ihn durchschneidenden öffentlichen Wege, dessen Verlegung man zu erreichen hofft. Es gelingt nicht, diese Verlegung zu erwirken, der Kauf ist dann unwirksam.

8) Nach dem Reichsgesetze vom 24. Mai 1880 und BGB. § 138 Abs. 2 sind wucherische Geschäfte im ganzen nichtig, also keineswegs bloß auf den Betrag der übermäßigen Vorteile, welche sich der Gläubiger ausbedungen hat.

9) l. 12 D. de R. J. 50, 17, l. 24 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 12 § 2 D. de usu 7, 8, BGB. § 2084.

10) l. 85 pr. D. de R. J. 50, 17, l. 2, l. 70 D. de jure dotium 23, 3.

Fünfter Abschnitt.

Der Rechtsschutz.

Erstes Kapitel.

Selbsthilfe und Rechtshilfe.

§ 112. Selbsthilfe.[1]

1. Privatrechte werden meist freiwillig verwirklicht, häufig aber finden sie Widerstand, den sie zu überwinden haben.

Hier begegnet sich das Privatrecht mit dem öffentlichen Rechte, welches ihm Rechtshilfe gewährt, dagegen die Selbsthilfe zurückdrängt.[2]

Selbsthilfe ist Verwirklichung eines Rechts gegen Widerstand durch den Berechtigten selbst ohne Inanspruchnahme der Obrigkeit.

Die Anwendung der Selbsthilfe liegt nahe, wenn man in einem Rechte gekränkt wird, von dessen Bestehen man überzeugt ist, denn sie erscheint als die rascheste und wirksamste Weise, dem Unrecht zu begegnen. Dennoch ist der Staat genötigt, ihr enge Grenzen zu ziehen. Knüpfen sich doch an die Selbsthilfe leicht Ausschreitungen von beiden Seiten. Auch könnte sich unter dem Vorwande der Selbsthilfe Willkür und Gewalt üppig entwickeln. Die Beschränkung der Selbsthilfe läßt sich aber nicht anders durchführen, als durch öffentliche oder auch private Strafen. So entsteht leicht die tragische Folge, daß dem Strafgesetze verfällt, wer nur sein gutes Recht durchführen wollte.

2. Die Selbsthilfe ist entweder Selbstverteidigung oder Selbstbefriedigung.

Selbstverteidigung ist die Aufrechterhaltung bestehender Zustände gegen Antastungen anderer durch eigene Kraft. Der Hauptfall ist Widerstand gegen Besitzstörungen.

Selbstbefriedigung ist die eigenmächtige *Herstellung* eines unserem Rechte entsprechenden Zustandes. Insbesondere ist die Verwirklichung von Forderungen, z. B. durch Wegnehmen der Schuldobjekte, Selbstbefriedigung.

In der Regel ist *Selbstverteidigung berechtigt*,[3] Selbstbe-

---

1) Linde in seiner Zeitschr. Bd. 1 n. 21; Benfey, rhein. Museum Bd. 7 n. 1; Sartorius in Lindes Zeitschr. Bd. 20 n. 1; Schmitt, die Selbsthilfe 1868; Wendt, Faustrecht in Iherings Jahrb. Bd. 21 n. 2; Bähr ebenda Bd. 26 S. 257; v. Tuhr, der Notstand im Zivilr. 1888; Bücking, über die strafrechtliche Bedeutung der Selbsthilfe, Göttinger Inaug.-Diss. 1892; Friedemann, die Selbsthilfe unter bes. Berücksicht. des röm. Rechts, Erlanger Inaug.-Diss. 1898. Vgl. auch Liszt, die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht bei Bekker und Fischer, Beiträge zum Entwurf n. 5; Heyer, die Selbsthilfe im Archiv für Bürg. Recht Bd. 19 S. 38.

2) Die zwangsweise Durchführung des Rechtes geschieht auf älteren Kulturstufen vorzugsweise durch Selbsthilfe, die jedoch mehr und mehr unter staatliche Kontrolle gestellt wird. Erst der entwickelte Staat stellt seine Rechtshilfe an die Stelle der Selbsthilfe. Vgl. Lothar Seuffert: Recht, Klage, Zwangsvollstreckung in Grünhuts Zeitschr. Bd. 12 S. 617.

3) l. 1 C. unde vi 8, 4. Diocletianus et Maximianus. Recte possidenti ad

friedigung aber nicht berechtigt. Doch ist auch Selbstbefriedigung im Notstand berechtigt, d. h. dann, wenn die Hilfe der Obrigkeit zu spät kommen würde, um unwiederbringlichen Schaden von uns abzuwenden.[4] Selbstbefriedigung ist ferner zulässig, wenn sie vertragsmäßig erlaubt wurde und sich in den Grenzen der Vereinbarung hält.[5] [6]

3. Unberechtigter Selbsthilfe trat in Rom die öffentliche Strafe des crimen vis entgegen.[7] Hieran schlossen sich Privatstrafen:

a) Nach einem decretum divi Marci verlor der Gläubiger, welcher eine eigenmächtige Privatpfändung gegenüber seinem Schuldner vornahm, sein Forderungsrecht.[8] Dies dehnte man auf Fälle aus, in welchen der Gläubiger überhaupt eigenmächtig Zahlung erzwang, wobei es nicht notwendig war, daß diese Eigenmacht in Gewalt bestand.

b) Nach der l. 7 C. unde vi 8, 4 vom Jahre 389 mußte der Eigentümer, welcher mit Gewalt den Besitzer verdrängte, diesem die Sache zurück-

---

defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. Vgl. l. 3 D. de just. et jure 1, 1, l. 4 D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 1 § 27 D. de vi 43, 16. Vgl. BGB. § 859 Abs. 1. Der juristische Besitzer ist befugt, demjenigen, welcher für ihn besitzt, eigenmächtig seine Sache zu entziehen. Nach römischem Rechte hatte diese Befugnis auch der Vermieter und Verpächter gegenüber dem Mieter und Pächter. Das Reichsgericht in Strafsachen — Bd. 9 S. 58 — erachtete dies aber nach gemeinem Recht nicht mehr für zulässig. Es bestrafte daher den Vermieter wegen Nötigung, welcher, um den Mieter nach der Kündigung zum Ausziehen zu zwingen, Türen und Fenster der Mietwohnung aushob. Nach BGB. § 868 ist der Mieter und Pächter als „unmittelbarer Besitzer" gegen den Vermieter und Verpächter geschützt. Nach BGB. §§ 227, 228 ist zulässig Notwehr, sowie Zerstörung oder Beschädigung uns oder andere bedrohender Sachen.

4) l. 10 § 16 D. quae in fraudem creditorum 42, 8, z. B. durch Wegnahme von Sachen, Festhaltung des Verpflichteten. Ebenso BGB. § 229 mit Kautelen. Über den Notstand überhaupt vgl. von Tuhr a. a. O.

5) l. 3 C. de pignoribus 8, 13. Severus et Antoninus. Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent; siehe Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 327 ff., Wendt a. a. O. S. 227, 244. Vgl. hierzu auch RG. in Strafsachen Bd. 7 S. 63.

6) Erlaubt ist auch die Einschließung der Mietsachen in der Mietwohnung, solange der Mieter seinen Verpflichtungen aus der Miete nicht vollständig Genüge geleistet hat, l. 9 D. in quibus causis pignus 20, 2. Vgl. BGB. § 561 Abs. 1.

7) l. 5, l. 8 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7, vgl. über das crimen vis Rein, Kriminalrecht der Römer S. 732 und dort Angeführte, Mommsen, röm. Strafr. S. 652.

8) l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7. Callistratus libro 5 de cognitionibus: Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, divus Marcus decrevit jus crediti eos non habere. verba decreti haec sunt. „Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es." et cum Marcianus diceret „vim nullam feci": Caesar dixit „tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non jure facere. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit." Vgl. hierzu dieselbe Stelle mit mehrfachen Interpolationen in l. 13 D. quod metus causa 4, 2, siehe ferner l. 12 § 2 D. eod.

geben und verlor sein Eigentum. War er Nichteigentümer, so hatte er außer der Sache deren Wert zu erstatten.[9]

4. Selbsthilfe an sich ist nicht mehr strafbar. Allein die Mittel der Selbsthilfe können strafbare Vergehen bilden. Ein Vergehen ist namentlich widerrechtliche Nötigung eines anderen durch Gewalt zu einer Handlung oder Unterlassung.[10] Daß man zum Zweck der Verwirklichung seines Rechts in solcher Weise vorging, hebt allein die Widerrechtlichkeit nicht auf, wohl aber, daß man sich in den Grenzen gesetzlich berechtigter Selbsthilfe hält, z. B. bei der Verteidigung seines Besitzes.[11] Ebenso macht Sachbeschädigung, wenn sie behufs berechtigter Selbsthilfe geschah, zivilrechtlich und strafrechtlich nicht verantwortlich.[12] Auch gegenüber der Anklage wegen Hausfriedensbruches und anderer Vergehen gibt berechtigte Selbsthilfe einen Verteidigungsgrund.

§ 113. Rechtshilfe.[1]

1. Die Selbsthilfe ist nur in beschränktem Maße zulässig. Auch hat nicht jeder zu ihr die Kraft, nicht jeder die Neigung. Das Privatrecht bedarf daher der Hilfe des Staates. So kommt es zu einem eigentümlichen Zusammenwirken des privaten und des öffentlichen Rechtes.

Das primäre ist hierbei das Privatrecht. Es müssen schutzbedürftige privatrechtliche Berechtigungen oder doch Interessen vorliegen; die beteiligten Privaten müssen zu deren Wahrung tätig sein und die hierzu nötigen Anträge stellen. Der Staat tritt, wenn er sich von deren Berechtigung überzeugt hat, mit den Machtmitteln des öffentlichen Rechtes, mit seiner Zwangsvollstreckung ein. Er hat kein selbständiges Interesse bei der Verwirklichung der einzelnen Privatrechte. Es ist für ihn gleichgültig, ob eine Sache in der Hand des A. oder des B. ist, ob der D. ein Darlehen rechtzeitig zurückzahlt oder nicht. Nur darin besteht das öffentliche Interesse, daß jedem sein Recht zuteil wird, wenn er es verlangt. Denn hierauf beruht das geordnete Zusammenleben in der Gesellschaft. Aus diesem Grunde hängt das öffentliche Recht und die öffentliche Pflicht des Staates zur Verwirklichung der Privatrechte von der Initiative der Parteien ab. Es bedarf eines Antrages, damit sich das Gericht in Bewegung setzt; wird der Antrag zurückgezogen, so erledigt sich damit das Verfahren. Aber

9) Vor Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches nahm die Theorie überwiegend an, daß die römischen Privatstrafen wegen Selbsthilfe in Deutschland Geltung hätten. Auch der Praxis waren sie nicht fremd, doch war ihre praktische Anerkennung keineswegs eine allgemeine. Seit dem Strafgesetzbuche sind sie außer Geltung. Vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1 § 125 Anm. 4, Brinz 2. Aufl. Bd. 1 S. 268, Thon, Rechtsnorm S. 33, Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. 1 S. 318, 330.

10) Strafgesetzbuch § 240.

11) Ja es genügt, daß man infolge tatsächlichen Irrtums annahm, innerhalb dieser Grenzen zu handeln. RG. in Strafsachen Bd. 16 S. 150.

12) l. 4 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 29 § 3, l. 49 § 1 D. eod., l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24, l. 3 § 7 D. de incendio 47, 9, l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19, 5. Pernice, Sachbeschädigung S. 34 ff., RG. Bd. 5 S. 161.

1) Fischer, Recht und Rechtsschutz in seinen und Bekkers Beitr. z. Entwurf n. 6.

der Richter und seine Organe vollziehen öffentlichrechtliche Funktionen, wenn sie infolge der Parteianträge tätig werden. Sie erhalten ihren Auftrag vom Staate; sie dienen ihm, wenn sie den Anträgen der Parteien genügen.

2. Mit der staatlichen Hilfe in bürgerlichen Rechtssachen sind die Gerichte betraut. Das Verfahren vor diesen nennt man den Rechtsweg. Bürgerliche Rechtssachen — Justizsachen — entspringen aus privatrechtlichen Verhältnissen. Auch Verhältnisse des öffentlichen Rechts haben oft eine privatrechtliche Seite und bilden insoweit Justizsachen.[2] Beispielsweise sind die vermögensrechtlichen Ansprüche der Staatsbeamten an den Staat Justizsachen, obgleich das Verhältnis des Staates zu seinen Beamten an und für sich öffentlichrechtlicher Natur ist.

3. Das öffentliche Recht bestimmt in zwingender Weise, von wem die Parteien Recht zu nehmen haben. Abweichende Vereinbarungen derselben über den Rechtsweg sind nur in beschränkter Weise zulässig.[3] Unstatthaft ist es insbesondere, eine der beteiligten Parteien selbst zum Richter über die Streitsache zu machen — nemo judex in propria causa.[4]

4. Das Recht auf Justiz steht jedem Bürger zu, es ist das wichtigste subjektive öffentliche Recht des einzelnen. Auf diesem Grundrecht fußt er, wenn er vom Richter sein Recht verlangt, nicht als Gnade und Willkür, sondern als ein „Muß".[5]

Zweites Kapitel.

Die Grundzüge der römischen Legis actiones und des Formularprozesses.

§ 114. Der Begriff des Klagerechts.[1]

1. Die Klage — actio — ist die gerichtliche Handlung, durch welche man ein Prozeßverfahren und ein richterliches Urteil herausfordert. Sie bildet einen Angriff des Klägers gegen den Beklagten.

---

2) Bezüglich des Verhältnisses der Justiz zur Staatsverwaltung gibt ein reiches Material Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 3 S. 179—636.

3) Unter anderem sind Schiedsverträge gültig, vgl. ZPO. § 1025 ff.

4) Vereinbarungen, wonach man auf die Klagbarkeit eines Rechtes verzichtet, sind gültig. l. 22, l. 32 D de pactis 2, 14.

5) Es ist das einzige Grundrecht, welches die deutsche Reichsverfassung Art. 77 dem Deutschen gewährleistet. Für Regelsberger dagegen Bd. 1 § 191 ist dies Recht ein problematisches „publizistisches Ding". Nach ihm „darf man nicht von einem besonderen Recht des einzelnen gegen den Staat auf Rechtsschutz, von einem publizistischen Klagerecht (Laband) oder einem Rechtsschutzanspruch (Wach) sprechen". Damit fällt aber das Recht. Über die verschiedenen Auffassungen vgl. Langheineken, der Urteilsanspruch 1899 §§ 3, 4.

1) Die historische Seite des Aktionenrechts haben dargestellt: Bethmann-Hollweg, der röm. Zivilprozeß Bd. 3, Keller, der röm. Zivilprozeß und die Aktionen, 1. Ausg. 1852, 6. Ausg. bearb. von Wach 1883; ferner Bekker, die Aktionen des römischen Privatr., 2 Bde. 1871 ff. Girard, manuel, 4. Aufl. 1906, livre IV, S. 964 ff. Die dogmat. Seite wird vorzugsweise berücksichtigt von: Savigny Bd. 5 §§ 204 ff.; Wächter, Württ.

2. Das Klagerecht — bei den Römern gleichfalls actio genannt — hat eine doppelte Bedeutung: eine prozessualische, dem öffentlichen Rechte zugehörige, und eine privatrechtliche.[2] Prozessualisch hat ein Klagerecht, wer das Bestehen einer klagbaren Befugnis behauptet;[3] er kann Justiz über seinen angeblichen Rechtsanspruch verlangen. Klagerecht im privatrechtlichen Sinne ist das Recht des Klägers auf ein ihm günstiges Urteil gegenüber dem Beklagten.[4] Der Kläger muß die Befugnis haben, welche er durch Klage geltend macht.

3. Die Römer gaben ihrem Klagerechte — actiones — eine eigentümliche Entwicklung. Unter actio verstand man ursprünglich jede förmliche Handlung, die der Rechtverfolgung dienen, aber auch ein friedliches Rechtsgeschäft sein konnte; z. B. die mancipatio. Das prozessuale Aktionensystem erhielt seine Grundlage durch die Juristen zur Zeit der legis actiones und wurde weiter ausgebildet in der späteren Epoche des Formularprozesses durch die Edikte der Magistrate, insbesondere der Prätoren.

Die Magistrate zu Rom, in der Provinz die Statthalter hatten nicht den Beruf, die privaten Rechtsstreitigkeiten der Bürger kraft Amtsgewalt zu entscheiden; es lag ihnen nur ob, einen judex — Geschworenenrichter — zur Prüfung und Urteilsfällung einzusetzen. Auch zu dieser Ernennung waren die Magistrate nicht selbständig, sondern nur auf Grund des Einverständnisses beider Parteien ermächtigt.[5] Aber der Beklagte durfte sich der Einigung über die Entscheidung des Streithandels durch einen unparteiischen Richter nicht willkürlich entziehen,[6] sonst traf ihn — als indefensus — die Vernichtung seiner Vermögensexistenz.[7] Eine begründete, vielleicht eidlich bestärkte Zurückweisung des vom Kläger vorgeschlagenen Richters blieb dem Beklagten unbenommen.

Privatr., Bd. 2 S. 411 ff. und Erörterungen Heft 3; Windscheid, die actio des röm. Zivilr. 1856, Langheineken an dem § 113 Anm. 5 gen. Orte, Hellwig, Anspruch u. Klagr. 1900, Hölder, Anspruch u. Klagr., Zeitschr. für Zivilproz. Bd. 29 S. 50. Praktische Gesichtspunkte verfolgt Kroll, Klage und Einrede nach deutsch. Recht 1884.

2) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm 1877 S. 9 ff.

3) In diesem Sinne versprechen die Prätoren im späteren Ediktsstil Klagen „si dicetur" z. B. l. 1 § 1 D. de dolo malo 4, 3: quae dolo malo facta esse dicentur, ... judicium dabo.

4) Diesen Sinn legt die berühmte Definition der actio in der l. 51 D. de obl. et act. 44, 7 zugrunde: Celsus libro 3 digestorum: Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur, judicio persequendi. Vgl. Wlassak in Paulys Realenzyklopädie, Wort: actio.

5) Daher „judicio contrahitur". l. 3 § 11 D. de peculio 15, 1 Ulpianus libro 29 ad edictum: Idem scribit judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi. l. 61 D. de judiciis, 5, 1; vgl. Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 179, Pernice, Parerga II S. 55 in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 5.

6) L. 22 D. de tut. et rat. 27, 3. Paulus libro 13 quaestionum: Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.

7) Zwar das jus civile gab gegen ihn keine Waffe; der Prätor aber schritt wider ihn ein durch die Zwangsmaßregel der missio in bona eventuell venditio bonorum.

§ 115. Die legis actiones. Allgemeines.[1]

I. Die legis actiones bestanden in einer formalen, zweiseitigen Verhandlung der Prozeßparteien vor dem Gerichtsmagistrat. Die Form war streng an das Gesetz gebunden; nur vom Gesetz anerkannte Aktionen wurden in einer dem Wortlaut des Gesetzes genau entsprechenden Fassung zugelassen.[2] Es war, wie es scheint, ein uraltes Prozeßverfahren, das noch vor den Zwölftafeln bestand und seinen Ursprung vielleicht nicht einmal zu Rom hatte.[3] Von alters her unterschied man nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen fünf Arten der legis actiones: die legis actio sacramento, per condictionem, per judicis seu arbitri postulationem, per manus injectionem und per pignoris capionem.

II. Der Prozeß selbst zerfiel in zwei getrennte Stadien:

1. Das Verfahren in jure fand vor dem Magistrat statt. Als Gerichtsmagistrate funktionierten nach der Vertreibung der Könige die Konsuln, dann der praetor urbanus, der praetor peregrinus und auf Grund besonderer Delegation durch den Prätor die praefecti juridicundo. In der Provinz stand diese Kompetenz den Statthaltern, ihren Quästoren oder den Magistraten der Städte mit freien Verfassungen zu.[4] Das Verfahren bezweckte die Verständigung der Prozeßparteien über die Person und die Aufgabe des judex sowie die Sanktion dieser Verständigung durch den Magistrat. Erforderlich war daher das Erscheinen beider Parteien. Dem Magistrat lag es ferner ob, zu prüfen, inwiefern sich der klägerische Anspruch nach Form und Inhalt mit dem entsprechenden Gesetz deckte, eine legis actio war. Im Gesetz vorgesehene Ansprüche durfte der Magistrat nicht zurückweisen, fehlte die genaue Übereinstimmung, war ihm die Annahme der Klage untersagt. Die Verhandlung selbst erfolgte in feierlicher Sitzung an gesetzlich normierten Tagen — den dies fasti.

2. Das Verfahren in judicio schloß sich an das Verfahren in jure. Es fand vor dem Einzelrichter — unus judex — oder einem Richterkollegium statt. Einem bestimmten Einzelrichter konnte die Prüfung und Entscheidung des Rechtsstreites vom Magistrat entweder kraft Übereinstimmung der Parteien übertragen werden oder es erfolgte unmittelbare Ernennung aus der Richterliste — album judicum, die

---

1) Vgl. Karlowa, der röm. Zivilprozeß zur Zeit der Legisaktionen, 1872.

2) Gaj. Inst. IV § 11: Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant . . . vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur.

3) Statt anderer Girard, loc. cit. S. 968 Anm. 2.

4) Die Frage, ob die legis actiones nur römischen Bürgern zustanden oder auch Peregrinen und Provinzialen, ist bestritten. Für strenge Beschränkung auf römische Bürger ist Wlassak namentlich in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 28; Argumente für eine weitere Anwendung bei Girard, Organisation judiciaire S. 213 n. 4 und in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 29 S. 120.

während der Republik je nach den politischen Verhältnissen aus der Zahl der Senatoren, Ritter oder der sog. tribuni aerarii zusammengestellt wurde. Neben diesen judices werden noch arbitri als Einzelrichter und als Glieder kollegialischer Schiedsgerichte erwähnt. Ihre Ernennung erfolgte stets auf Grund freier Vereinbarung der Parteien. Sie traten in Funktion, wo es sich nicht um die Anwendung bestehenden Rechtes handelte, sondern um Auffindung oder Klärung objektiv ungewisser Rechtsprinzipien, nicht um die Anerkennung eines bereits vorhandenen, sondern um die Schaffung eines neuen Rechts, wie bei den Teilungsklagen. Vor die arbitri gelangten Rechtsstreitigkeiten, welche aus Verhältnissen entsprangen, deren Beurteilung besondere technische Kenntnisse erforderte, so bei Grenzregulierungen, wasserrechtlichen Streitfragen, Vormundschaftssachen. Schließlich gestattete ihre Gerichtsbarkeit schlechtweg eine freiere Auffassung der Sachlage ex fide bona; sie funktionierte daher auch bei Prozessen aus den contractus bonae fidei wie Kauf-, Miet- und Sozietätsverträgen sowie Auftrag.

Die öffentlichen Richterkollegien treten uns in dreifacher Gestalt entgegen:

a) Eine uralte Körperschaft bildeten die decemviri litibus judicandis.[5] Sie mochten ursprünglich für alle Zivilsachen das kompetente Gericht gewesen sein. Später urteilten sie meist in Streitsachen aus persönlichen Rechten z. B. Statusfragen.

b) Das Kollegium der centumviri war vorzugsweise in Erbschaftssachen und dinglichen Klagen tätig. Es zählte anfangs 105 Glieder, die zu je dreien aus den 35 Tribus gewählt wurden.[6] In der Kaiserzeit stieg die Zahl der Centumvirn auf 180, welche in mehrere Senate zerfielen. Die einzelnen Senate urteilten selbständig, doch kamen auch Plenarsitzungen vor, insbesondere behufs Anhörung der Parteien in mehreren sachlich zusammenhängenden Prozessen, deren Entscheidung freilich den getrennten Senaten oblag.

c) Die Kollegien der decemviri und centumviri urteilten in den Prozessen der römischen Bürger, die Rechtspflege der Peregrinen besorgten die Rekuperatoren.[7] Ursprünglich mochte es sich hier um gemischte Schiedsgerichte handeln, deren Zusammensetzung aus römischen Bürgern und Angehörigen fremder Gemeinwesen durch Staatsverträge geregelt wurde. Die Praxis dieser für jeden einzelnen Fall eingesetzten Tribunale hatte

5) Mommsen, Staatsrecht Bd. 2 S. 605 erklärt die decemviri stlitibus judicandis für eine uralte plebejische Institution, cf. Livius III S. 57. Dagegen Wlassak, röm. Prozeßgesetze Bd. 1 S. 140 ff. und Kübler bei Pauly Wissowa Bd. 4 S. 2201, cf. auch Braßloff in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 29 S. 174 ff.

6) Man nimmt an, daß dieses Kollegium nicht vor dem Jahre 513 der Stadt entstehen konnte, da erst in diesem Jahre die Tribus bis zu 35 vermehrt wurden.

7) So die herrschende Ansicht besonders vertreten von Wlassak, röm. Prozeßgesetze Bd. 2 S. 299 ff. Dagegen ganz isoliert O. E. Hartmann, der ordo judiciorum und die judicia extraordinaria der Römer, Tl. 1 S. 229 ff. Wider ihn auch Ad. Schmidt in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 9 S. 132 ff. und Eisele, Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 38 ff.

die Rechtsprinzipien des römischen Staates und der fremden Gemeinden auszugleichen. In der Folgezeit spielten die Rekuperatorengerichte eine wichtige Rolle in der Provinz und gestalteten sich schließlich zu einer ordentlichen Institution des römischen Staats. Die Wahl der Rekuperatoren erfolgte in der Provinz auf Grund von Listen, welche durch das Los oder magistratische Ernennung zusammengestellt wurden. Auf Grund dieser Liste konnte jede Prozeßpartei eine gewisse Zahl ablehnen; aus dem Rest ernannte der Magistrat den Richter für den konkreten Streitfall. Ein ähnliches Verfahren mochte man auch zu Rom befolgen. Über die Kompetenzen der Rekuperatorengerichte wissen wir nichts Bestimmtes. In der Provinz scheinen sie die Vertreter der Ziviljustiz überhaupt gewesen zu sein, in Rom verhandelte man vor ihnen die Interdiktenprozesse, auch wohl Status- und Injurienklagen; in der Natur ihres Ursprunges lag es, daß sie in eine gewisse Konkurrenz mit den alten römischen Bürgergerichten traten.

3. Neben dem Magistrat und Richter wirkte als dritter Faktor im Prozeßverfahren *der Kläger*, welcher mit Hilfe der legis actio unter der Autorität des Magistrats sein Recht selbst verwirklichte. Diese unabhängige Rolle des Klägers kam namentlich in der *Einleitung des Prozesses* und im *Ladungsverfahren* zur Geltung. Es war seine Sache, den Beklagten, ohne dessen Beisein die Einsetzung des Gerichtes in jure nicht erfolgen konnte, aus eigener Kraft durch die *in jus vocatio* vor den Magistrat zu führen und schon das Zwölftafelgesetz gab ihm die Befugnis Gewalt anzuwenden, wenn das Widerstreben des Gegners durch Zeugen bestätigt wurde;[8] nur in der Wohnung des Beklagten durften keinerlei Gewaltakte stattfinden,[9] auch war es jederzeit zulässig, daß ein Dritter, der sog. *vindex*, dem klägerischen Anspruch entgegentrat und an Stelle des Beklagten vor dem Magistrat erschien.[10] Erst nachdem beide Parteien vor dem Vertreter der Justizhoheit gestanden und sich ihm als Prozeßgegner vorgestellt hatten, konnte die Obrigkeit selbst in das Ladungsverfahren eingreifen; dieses geschah durch das *vadimonium*. Dem Beklagten wird in Stipulationsform das Versprechen abgenommen, sich am festgesetzten Orte und zu bestimmter Frist dem Kläger zu weiterer Verhandlung vor dem Magistrat zu stellen. Im Falle des Ausbleibens verpflichtete sich der Beklagte, eine bestimmte Summe zu zahlen. Das Versprechen konnte durch Eid verstärkt oder durch Bürgenstellung gesichert werden.[11] Die spätere Praxis schwächte den persönlichen Eingriff des

8) Si in jus vocat ito. ni it, antestamino: igitur em capito. Si caluitur pedemve struit, manum endo jacito. Bruns: Fontes tab. I. 1. 2.

9) l. 18. D. de in jus vocando. 2, 4. Gajus libro primo ad legem duodecim tabul. . . . quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in jus vocaret, vim inferre videri. cf. l. 19—21. D. eod. Gegen den Eindringling gab es eine actio injuriarum: l. 23 D. de injuriis 47, 10.

10) Vgl. Demelius, der vindex bei der in jus vocatio in der Zeitschr. der Sav. Stiftg., rom. Abt. Bd. 2 S. 1 ff.

11) Gaj. Inst. IV §§ 183—187. Im Codex Theodosianus Tit. 2. 4. De denuntiatione vel editione rescripti und Tit. 2. 6. De temporum cursu et repara-

Klägers bei der in jus vocatio ab; man gestattete es dem Beklagten, das Versprechen, zum ersten Termin vor dem Magistrat zu erscheinen, in der Form des vadimoniums auch außergerichtlich zu leisten. Hierdurch wurde dann meist noch ein Verhandlungstermin erspart.

§ 116. Die Arten der legis actiones.

Bei den legis actiones standen den Parteien mehrere Wege offen, die je nach der Art des Anspruches und seiner Verwirklichung schon in jure eine abweichende Richtung einschlugen.

1. Die legis actio sacramento. Das Verfahren in jure gipfelt hier in einer Prozeßwette der Parteien. Sowohl der Kläger als auch der Beklagte verpflichten sich, eine bestimmte Summe ans Ärar zu zahlen, falls ihre Rechtsbehauptung sich als falsch erweisen sollte. Ursprünglich mußte die Wettsumme in einem Tempel niedergelegt werden; hiervon oder der eidlichen Bestärkung der Rechtsbehauptung stammt wohl die Bezeichnung l. a. sacramento.[1] Die Prozeßwette bildete den Abschluß des Verfahrens in jure, welches naturgemäß mit der solennen Rechtsbehauptung der Parteien oder Vindikanten eröffnet wurde. Die l. a. sacramento hatte zwar eine allgemeine Bedeutung, ihre ursprüngliche Anwendung erstreckte sich aber auf dingliche Klagen zum Schutze des Eigentums und anderer dinglicher Rechte. Im Verfahren selbst haben sich noch deutlich die Spuren eines offenen Kampfes der Parteien um die streitige Sache erhalten, welchem der Magistrat ein Ende setzte, um ihn in das Bett eines geordneten Prozesses zu leiten.

Zunächst mußte nach dem Erscheinen der Parteien der Streitgegenstand selbst oder ein symbolischer Vertreter dem Magistrat vorgelegt werden.[2] Dieses Objekt wurde von beiden Gegnern ergriffen,[3] indem sie dann in wörtlicher Übereinstimmung ihr Recht an der Sache vermittels der Vindikationsformel behaupteten,[4] worauf der Magistrat beiden Streitenden be-

tionibus denuntiationum wird ein Ladungsverfahren durch die sog. litis denuntiatio erwähnt. Als seinen Schöpfer nennt man Marc Aurel; es handelte sich hier unter Beseitigung der Formen des vadimonium um eine außergerichtliche Ankündigung des Streites durch den Kläger an den Beklagten vor Zeugen. Dadurch wurde eine Verpflichtung begründet, am gesetzmäßig oder durch Vereinbarung bestimmten Termin in jure zu erscheinen. Zu Justinians Zeit hat dieses Ladungsverfahren nicht mehr bestanden. Über die verschiedenen Hypothesen vgl. namentlich Kipp, die Litisdenuntiation als Prozeßeinleitungsform; ferner Eisele, Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte S. 269 ff.

1) Vgl. Danz, der sakrale Schutz 1857, S. 151 ff.; Eisele, Beiträge S. 218 ff.; Bechmann, Studie im Gebiete der legis actio sacramento in rem. Münchener Festschr. für Windscheid, 1889, darüber Hugo Krüger in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 10 S. 107 ff. Cuq, Institutions S. 145. Pflüger, die Legis actio sacramento 1898.

2) Gaj. Inst. IV § 16 ff. namentlich 17; meist genügte die Vorstellung eines Bestandteils der Sache, bei Grundstücken eine Erdscholle, bei Herden ein Tier oder gar nur etwas Wolle vom Tier, von Gebäuden ein Stein. Vgl. Siber, die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig 1907 S. 1 ff. und darüber Kübler in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 29 S. 481 ff.

3) Dabei wird der Stab oder die festuca erwähnt; qui vindicabat festucam tenebat Gaj. Inst. IV § 16.

4) Die Formel lautete: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse

fahl von der Sache zurückzutreten — mittite ambo rem. Das Objekt sollte für die Dauer des Prozesses womöglich jeder Einwirkung der Parteien entzogen werden. Am vollkommensten wäre das freilich durch die Bestellung eines Sequesters erreicht worden. Meist zog man es aber vor, den provisorischen Besitz während des Prozesses in der Weise zu regeln, daß man die Streitsache gegen Kautionsleistung — praedes dare litis et vindiciarum — einem der Beteiligten bis zur Entscheidung überließ.[5]

Nachdem zunächst beide Parteien sich dem Befehl des Magistrats gefügt und von der Sache zurückgetreten waren, richtete der erste Vindikant — der Kläger an den zweiten oder den Beklagten die Aufforderung, sich über den Rechtsgrund seiner Vindikationsbehauptung zu erklären — postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris. Es erfolgte die solenne Antwort des Gegenvindikanten: jus feci sicut vindictam imposui. Nachdem hiermit der Rechtsstreit feierlich eingeleitet war, erging die gegenseitige Aufforderung zur Sakramentsbestellung, bei Streitobjekten im Werte von weniger als 1000 As im Betrage von 50, bei höheren 500 As.[6] Mit der Regelung des provisorischen Besitzes und der Bestellung von praedes zunächst für diesen Besitz, alsdann für die Sakramentssumme fand das Verfahren in jure seinen Abschluß.

Neben dem Eigentum und anderen dinglichen Rechten konnte durch die l. a. sacramento auch jedes persönliche Forderungsrecht geltend gemacht werden etwa mit der solennen Behauptung: ajo te mihi decem milia aeris dare oportere, woran sich der gleichfalls solenne Widerspruch des Beklagten schloß, um den Boden für die Prozeßwette selbst vorzubereiten.

Sowohl bei der dinglichen als auch bei der persönlichen Sakramentsklage hatte nach Abschluß des Verfahrens in jure der Richter in judicio die Rechtsbehauptung der Parteien und damit zugleich die Wette zu prüfen und demgemäß sein Urteil zu fällen.

2. Die legis actio per manus injectionem bildete ein sehr altes speziell für Exekutivprozesse begründetes Verfahren; sie bestand in der Ergreifung des Gegners und seiner Vorführung vor den Magistrat. Hier brachte der Kläger, indem er den Beklagten anfaßte, mit solennen Worten[7] seinen Anspruch vor. Der Beklagte durfte in eigener Person keinen Einwand mehr erheben, ihm lag sofortige Erfüllung ob, wofern nicht ein Dritter — der vindex — für ihn eintrat. Das Eingreifen des vindex war indessen für diesen keineswegs gefahrlos, denn unterlag er dem Kläger gegenüber, so hatte er zur Strafe für seine Einmischung das

ajo secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui Gaj. Inst. IV § 16. Von der Gegenvindikation und Rechtsbasis handelt Lotmar, zur legis actio sacramento in rem S. 18 ff. Siber, a. a. O. S. 4 ff.

5) Gaj. Inst. IV § 16: interim aliquem possessorem constituebat.

6) Die Aufforderung lautete: Quando tu injuria vindicavisti D (resp. L) aeris sacramento te provoco; Gaj. Inst. IV § 16.

7) Quod tu mihi judicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium judicati manum injicio; Gaj. Inst. IV. § 21; vgl. Eisele, Beiträge zur röm. Rechtsgesch. S. 16 ff.

Doppelte der Klagesumme zu leisten. Wollte niemand die Rolle des vindex übernehmen, dann unterblieb jede weitere Verhandlung, es erfolgte der Zuspruch — addictio — der klägerischen Forderung und der Beklagte ging während der folgenden 60 Tage in die Gewalt des Klägers über, nach Ablauf dieser Frist, ohne daß irgendwelche Befriedigung des Klägers erfolgt wäre, konnte er in die Sklaverei verkauft werden. Wie die l. a. sacramento die älteste Form der dinglichen Klage bildete, so ist die manus injectio wohl das ursprüngliche Verfahren in persönlichen Klagen gewesen, sie entsprach in ihrer scharfen Form den Prinzipien des altrömischen Schuldrechts und kam beim nexum, der wichtigsten und verbreitetsten Obligation, sogar ohne richterliche Mitwirkung zur Anwendung.[8] Später freilich hat man diesen strengen Prozeß, welcher den Beklagten unmittelbar der Macht des Klägers auslieferte und ihm persönlich die Parteirolle entzog, gemildert. Gajus unterscheidet drei Fälle der manus injectio:

a) Die manus injectio judicati als Exekution eines rechtskräftigen Urteils. Hierin lag auch später noch die natürliche Anwendung der manus injectio, da der Beklagte der Forderung aus einem solchen Urteil jedenfalls wehrlos gegenüberstand.

b) Nach einer Analogie bildete sich die manus injectio pro judicato aus; man gestattete sie bei gewissen privilegierten Forderungen, die so behandelt wurden, als wenn in bezug auf sie bereits ein Urteil gefällt worden wäre. Diesen Vorzug genoß nach einer lex Publilia der Bürge — sponsor —, welcher für den Hauptschuldner Zahlung geleistet hatte, falls ihm von letzterem seine Auslagen nicht binnen sechs Monaten ersetzt wurden. Ferner konnte nach der lex Furia de sponsu derjenige Mitbürge, von welchem der Gläubiger mehr beigetrieben hatte, als auf seinen Anteil entfiel, diesen Überschuß mit der manus injectio pro judicato zurückfordern.

c) Beim dritten Fall — der manus injectio pura — sah man vom rechtskräftigen Urteil oder einem analogen Haftungsgrund ab. Dies brachte zugleich eine Milderung des Verfahrens mit sich; man ließ dem Beklagten die Parteirolle wenigstens tatsächlich in der Form, daß ihm gestattet wurde, sein eigener vindex zu sein. Wie jeder vindex konnte auch der Beklagte im Falle des Unterliegens in das Doppelte der Schuldsumme verurteilt werden.[9] Die m. i. pura fand anfangs nur eine sehr beschränkte Anwendung auf Grund von Spezialgesetzen; die lex Marcia räumte sie dem Darlehnsschuldner gegen den Gläubiger ein behufs Rückforderung vertragswidrig von ihm beigetriebener Zinsen; die lex Furia testamentaria etwa vom Jahre 550—585 gestatte dem Erben in dieser Form die Rückforderung derjenigen Beträge, welche er den einzelnen Vermächtnisnehmern über die gesetzliche Norm von 1000 As ausgezahlt hatte. Eine spätere

8) Vgl. Mitteis in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 22 S. 100, Kretschmar in ders. Zeitschr. Bd. 29, S. 227, Pflüger, Nexum und Manzipium, 1908.

9) Gaj. Inst. §§ 26—29. Collinet, étude sur la saisie privée, Paris 1893.

lex Vallia hat dann diese gemilderte m. i. verallgemeinert und auf die Fälle der m. i. pro judicato ausgedehnt. Das ursprüngliche scharfe Verfahren mit Ausschluß des Beklagten wurde damit nur noch beim judicatus beibehalten.

3. Die legis actio per pignoris capionem. Schon die l. a. per manus injectionem bedeutet im Vergleich mit der l. a. sacramento eine Verkürzung des Verfahrens, da der Rechtsstreit vor dem Magistrat in jure erledigt wurde. Die pignoris capio ist eigentlich überhaupt kein Gerichtsverfahren und setzt keine kontradiktorische Verhandlung voraus. Ihr ursprüngliches Ziel bildete überhaupt nicht der Schutz von Privatrechten; die Autorität des Magistrats schirmte gewisse Pfändungsakte, die im öffentlichen Interesse gestattet waren. Man gewährte die pignoris capio zur Beitreibung von Steuerlasten, denen eine privatrechtliche Forderung gar nicht zugrunde lag, deren Realisierung aber der Staat solchen Privatpersonen überließ, welche ihrerseits wieder an seine Kasse Ansprüche hatten. Gajus führt dieses Verfahren auf einen alten Brauch zurück; von jeher sei es üblich gewesen, daß die Soldaten ihren Gehalt — aes militare — vom Zahlmeister — qui stipendium distribuebat — mit der pignoris capio beitrieben. Das gleiche Hilfsmittel stand den zum Roßdienst verpflichteten Rittern zur Verfügung behufs Beitreibung der Staatssubvention zum Ankauf des Dienstpferdes — aes equestre — und zu dessen Unterhalt — aes hordearium;[10] sie bedienten sich der pignoris capio gegen gewisse Kategorien ihnen speziell überwiesener Steuerpflichtiger — viduae, orbi. Aber auch durch gesetzliche Vorschrift wurde die pignoris capio für bestimmte Fälle angeordnet. Das Zwölftafelgesetz gewährte dieses Exekutionsmittel dem Verkäufer von Opfervieh behufs Beitreibung des Kaufpreises. Von großer Bedeutung aber war das Privilegium, welches ein Provinzialgesetz — aliqua lex — den Publikanen gewährte, indem sie gewissermaßen kraft zensorischen Mandats die pignoris capio gegen säumige Steuerzahler anwenden durften.[11] Die Pfändung mußte unter strenger Beobachtung gesetzlicher Formen — als eine legis actio — vor sich gehen, damit sie nicht als willkürlicher Gewaltakt erscheine. In dieser Form, nicht im gerichtlichen Verfahren, welches hier gänzlich ausfiel, erblickte man den Zusammenhang der pignoris capio mit den legis actiones.[12]

4. Die legis actio per judicis seu arbitri postulationem tritt neben die l. a. sacramento als freieres Verfahren. An die strengen Gesetzesregeln konnten sich diese Richter schon um dessentwillen nicht binden, weil ihr sachverständiges Ermessen Verhältnisse ordnen sollte, für welche feste Rechtsnormen oftmals gar nicht vorgesehen waren.[13] Die

10) Gaj. Inst. § 27.
11) Gaj. Inst. § 28.
12) Gaj. Inst. § 29.
13) Ad. Schmidt, über die l. a. per judicis postulationem in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 2 S. 145ff.

legis actio bestand hier in einem solennen Gesuch der Parteien in jure an den Magistrat mit der Formel: judicem arbitrumve postulo uti des. Die ausgleichende und mäßigende Wirkung, welche dieses freiere Verfahren vor dem arbiter neben den strengen Formen der übrigen legis actiones äußerte, erklärt seinen frühen Ursprung und seine große Verbreitung. Ohne diese wichtige Ergänzung wären wir kaum in der Lage, uns das römische Gerichtsleben unter der ausschließlichen Herrschaft der legis actiones vorzustellen.[14]

5. Die legis actio per condictionem ist als ein spezielles Verfahren bei Realisierung obligatorischer Forderungen durch eine lex Silia für Geldschulden — certa pecunia — durch eine lex Calpurnia für sonstige fest normierte Leistungen — de omni certa re — eingeführt worden.[15] Das Alter beider Gesetze ist unbekannt. Die Bezeichnung condictio von condicere oder denuntiare erklärt Gajus aus der Einleitung des Verfahrens durch den Kläger, welcher es dem Beklagten außergerichtlich vorschreiben durfte, sich nach Ablauf von 30 Tagen behufs Konstituierung eines Gerichts vor dem Magistrat einzufinden. Es scheint also, daß die Vorgänge in jure sich auf die an keine Form gebundene Einsetzung des judex beschränkten. Im übrigen hat dieses Verfahren offenbar nicht dazu gedient, das System der legis actiones zu ergänzen, da, wie schon Gajus bemerkt,[16] für alle Arten von Ansprüchen die entsprechenden Prozeßmittel in den älteren legis actiones vorgesehen waren. Nicht um Ausfüllung etwaiger Lücken handelt es sich hier, sondern um die Verbesserung des bisher bei persönlichen Klagen üblichen Rechtsweges. Die Reform bestand in der Vereinfachung der Vorgänge in jure durch die bereits erwähnte condictio oder denuntiatio. Da es ferner verbürgt ist, daß bei allen liquiden, fest normierten Geldforderungen Kläger und Beklagter sich gegenseitig den dritten Teil der Schuldforderung für den Fall des Obsiegens im Prozesse stipulierten,[17] so dürfen wir mit Sicherheit diesen Vorgang auf die lex Silia zurückführen. Darin läge aber eine wesentliche Verbesserung des Sakramentsversprechens; man suchte die Prozeßstrafe nach einem gewissen Prozentsatz der Schuldsumme anzupassen, während das Sacramentum in starrer Form bis zu Forderungen von 1000 As 50 As betrug, von 1001 As an aber sofort auf 500 As stieg, um dann diese Höhe überhaupt nicht mehr zu überschreiten. Schließlich begegnen wir hier wieder dem Bestreben, womöglich alle liquiden Ansprüche in jure zu erledigen. Der Kläger konnte dem Beklagten vor dem Prätor

14) Einen weitgehenden Einfluß mißt dieser leg. act. Mitteis bei, röm. Privatrecht Bd. 1 S. 48ff. Auch hält er es für möglich, daß eine prätorische Liste solcher empfohlener arbitri bestanden habe; cf. auch Wlassak, röm. Prozeßgesetze Bd. 2 S. 200.

15) Gaj. Inst. § 19.

16) Gaj. Inst. § 20: Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per judicis postulationem agere, valde quaeritur.

17) Gaj. Inst. § 13. Keller, a. a. O. S. 120ff. Girard, manuel S. 982.

den Eid zuschieben, daß die Schuld nicht bestehe, der Eid mußte geleistet oder dem Kläger zurückgeschoben werden, anderenfalls galt der Beklagte als geständig — confessus in jure — und damit fand das Verfahren seinen Abschluß.

§ 117. Der Formularprozeß. Sein Ursprung und Wesen.[1]

1. Die legis actiones waren die Form, in welcher das alte, grundbesitzende Quiritentum — die assidui — ihre Rechtsstreitigkeiten ausfochten. Viele Härten dieses Verfahrens wurden in einer Körperschaft eng miteinander verbundener Bürger nicht empfunden. Bei der legis actio per manus injectionem verlor z. B. der Beklagte seine persönliche Parteirolle und bedurfte zur Wahrung seiner Interessen eines vindex; die Beschaffung eines solchen hatte für ansässige Bürger, welche trotz der manus injectio noch hoffen konnten, ihr Recht mit Erfolg zu vertreten, keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Der unerbittliche Formalismus dieser actiones war für die herrschenden Kreise, die in den strengen Überlieferungen des römischen Staats- und Sakralwesens erzogen waren, etwas Gewohntes. Die große Verteuerung der Prozesse durch das Sacramentum und seine späteren Ersatzmittel ist ein in aristokratischen Gemeinwesen nicht selten erstrebter und beobachteter Zustand. Diese Eigenschaften der legis actiones wurden aber als drückend empfunden, sobald in der plebejischen Gemeinde der Bürgerschaft Elemente beitraten, die jenen Traditionen fremd gegenüberstanden und die alt-ehrwürdigen Prozeßformen nicht zu handhaben wußten. Rechtsstreitigkeiten zwischen den patrizischen Altbürgern und den neuen plebejischen Gemeindegliedern gestalteten sich zu sehr ungleichen Kämpfen, in welchen letzteren es oft an Rat und Hilfe fehlte. Diese Ungleichheit kam während des Ständekampfes den breiten Volksschichten mehr und mehr zum Bewußtsein. Zwar versuchten es die aus der plebejischen Gemeinde hervorgegangenen Würdenträger durch Popularisierung und möglichste Veröffentlichung der hergebrachten Prozeßregeln Rechtssuchende zu beraten, der Not der Masse war damit aber nicht geholfen; das Verfahren in jure selbst bedurfte der Reform, und nur der Magistrat konnte hier die Führung übernehmen.

Das Wesen der legis actiones hatte darin bestanden, daß die Parteien unter eigener Verantwortung die vom Gesetze selbst vorgeschriebenen Handlungen vornahmen und formelle Worte sprachen, während der Prätor nur die Gesetzmäßigkeit dieser Vorgänge überwachte, der Richter in judicio das ihm von den Streitenden übergebene Material sichtete und beurteilte. Viele Aktionen fanden in jure ihre Erledigung, weil die Kongruenz mit dem Gesetz eine unbestreitbare war und die Hinzuziehung des Richters als überflüssig erschien. Diesen Exekutivprozeß entschied auch nicht der Magistrat, er bezeugte nur die Notwendigkeit einer sofortigen Erledigung, während

1) Gaj. Inst. IV. §§ 30 ff.

streitige Sachen seiner Einwirkung so gut wie ganz entzogen waren. Aber die lebendige Autorität des Prätors konnte jener Macht alter Formen entgegengesetzt werden; man brauchte nur das Verfahren in jure in sein freies Ermessen zu legen und die alten engen Schranken fielen von selbst.[2]

Diesen Erfolg hatten die lex Aebutia und zwei leges Juliae. Die Entscheidung der Prozesse blieb nach wie vor beim Geschworenengericht — im judicium, nicht aber der Text des Gesetzes sollte fortan über die Zulassung oder Abweisung einer Klage entscheiden, sondern das Ermessen des Gerichtsmagistrats; er bestimmte, ob der klägerische Anspruch sich auf das Rechte stützte oder nicht. Auf dem Prozeßwege konnten fortan neue Rechtsanschauungen ins Leben eingeführt werden, welche das jus civile nicht kannte, wofern sie ihm nur nicht widersprachen. Es hieß, der Prätor wirke hier adjuvandi, supplendi, corrigendi juris civilis gratia. An die Stelle des toten Buchstabens der legis actiones trat die viva vox der freien Rechtsverkündigung durch den lebendigen Vertreter der römischen Gerichtsherrlichkeit. Das Jahr der Publikation jener lex Aebutia ist unbekannt, ihr Ursprung viel umstritten.[3] Anfänge einer freieren Stellung des Magistrats zeigten sich schon in manchen legis actiones, z. B. in der legis actio per condictionem, trotzdem handelt es sich hier schwerlich um eine Reform des alten römischen Prozesses, wohl aber um die Einführung eines völlig neuen Verfahrens, neben dem die legis actiones als manchen ehrwürdiges, von anderen dagegen gemiedenes[4] Institut fortbestanden.[5] Die lex Aebutia selbst ist durch fremde Einflüsse vorbereitet worden und sanktionierte zu Rom eine Prozeßform, welche vielleicht schon in den Peregrinengerichten oder in den Provinzen zur Anwendung kam.[6]

Der neue Prozeß enthebt zunächst die Parteien jeder Verantwortung

---

2) Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 91 nimmt an, daß auch im ältesten Verfahren freie Parteiausführungen in jure nie ganz ausgeschlossen gewesen seien. Über den Einfluß der leg. act. per arbitri postul. Karlowa, Zivilproz. S. 140, 252. Cuq, Institutions. S. 689.

3) Girard in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 14 S. 49, Bd. 29 S. 120 ff. setzt die Entstehung des Gesetzes auf die Jahre 605—630. Mitteis a. a. O. S. 52 läßt es nach der sog. tripertita des Sex. Aelius entstehen, da diese nur die leg. act. als legitimes Verfahren kannte. Andere Kombinationen bei Girard, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 29 S. 123, 124.

4) Gaj. Inst. IV § 30: istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Gellius Noctes Atticae XVI 10, 8.

5) Diese Frage ist nicht unbestritten; vgl. Wlassak, Prozeßgesetze Bd. 1 S. 60; Mitteis a. a. O. Bd. 1 S. 46.

6) Das vermutet Girard, manuel S. 991, 992 Anm. 1. Schon Huschke, Anal. litter. 216—217 wies darauf hin, daß der Formularprozeß sich im Fremdenprozeß früh entwickelt haben müsse; andere bringen ihn noch vor der lex Aebutia auch mit Bürgerprozessen in Zusammenhang; so Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 87 ff. und Proz. Konsumtion S. 33, Jörs, Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik Bd. 1 S. 174 ff; Wlassak, Prozeßgesetze Bd. 2 S. 302 und Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 26 S. 131. Esmein, Nouv. Revue hist. Bd. 17 S. 166 ff.; Partsch, Schriftformel im röm. Prov. Proz. S. 1—52, dagegen Erman in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 19 S. 276, 294, Pernice in ders. Zeitschr. Bd. 20 S. 132, aber auch schon Bd. 7 S. 153. Über den möglichen Einfluß der Klienten auf die erste Entwickelung des Formularprozesses vgl. Mitteis, röm. Privatr. Bd. 1 S. 42.

für die Vorgänge in jure. Ohne an eine bestimmte Form gebunden zu sein, dürfen sie ihr Anliegen in freier Rede entwickeln. Der Magistrat prüft den sachlichen Inhalt sowohl der klägerischen Behauptungen als auch der Einwände des Beklagten und entscheidet, ob es sich hier um Anträge handelt, die dem bestehenden Recht entsprechen oder ein seines Schutzes würdiges Interesse darstellen. Das positive Ergebnis dieser Verhandlungen in jure legt er in einer schriftlichen Formel nieder, die mit der Einsetzung des Richters beginnt und im weiteren eine Instruktion — concepta verba — enthält, nach welcher sich das Gericht bei der Beurteilung des Falles zu verhalten habe.

Das Verfahren in jure konnte fortan auf drei Arten seinen Abschluß finden:

a) Der Magistrat wies den klägerischen Anspruch als ungesetzlich oder völlig unbegründet ab.

b) Der Beklagte pflichtete nach Anhörung der klägerischen Anträge allem bei und diese confessio in jure versetzt ihn in die Lage eines rechtsgültig Verurteilten — confessus pro judicato est. Es konnte sogleich zur Vollstreckung des klägerischen Anspruches geschritten werden. Die notwendige Voraussetzung war dabei natürlich, daß Klageantrag und Zugeständnis sich vorbehaltlos deckten, da nur in diesem Falle jeder weiteren Verhandlung der Boden entzogen war. Da aber im Formularprozeß, wie später noch gezeigt werden soll, das Urteil nach vorheriger Schätzung des begründeten Anspruches stets auf eine bestimmte Geldsumme — certa pecunia — lautete, so konnte hier als confessus eigentlich nur derjenige gelten, dessen Zugeständis dem Urteil wesensgleich war, also einen festen Geldbetrag nannte. Erst eine Oratio Marc Aurels verfügte, daß jede confessio, die dem Klageantrag entspricht, einem Judicat gleichgeachtet werden sollte und nach diesem Zugeständnis mußte der Beklagte innerhalb einer ihm gewährten Frist den Kläger befriedigen.[7] Erst wenn diese Frist versäumt war, fand nachträglich eine Abschätzung des Geldwertes der Leistung — litis aestimatio — und dementsprechende Exekution statt. Nach der lex Rubria c. 21 wurde wie der confessus auch derjenige behandelt, der sich gegen eine auf festen Geldbetrag lautende Klage nicht ordnungsmäßig verteidigte.[8]

c) Der Beklagte stellte den Klageantrag in Abrede oder er leugnete zwar nicht die rechtliche Basis der Klage, berief sich aber kraft Einrede — exceptio — auf ein selbständiges Recht, welches den klägerischen Anspruch entkräftete. Alsdann fand das Gesamtverfahren in jure keinen Abschluß, sondern wurde nach erfolgter litis contestatio und Abfassung der schriftlichen Formel mit Ernennung des Richters in das judicium hinübergeleitet.

---

7) L. 6 § 2 D. de confessis. 42, 2.

8) Vgl. Lenel, edictum Aufl. 2 S. 395, Girard, manuel S. 1000. Schon früher hat die Frage Demelius, Confessio 1880 S. 111 ff. behandelt. Im übrigen ist Lenel gegen eine völlige Gleichstellung des Confessus und Indefensus, da letzterer durch Übernahme der Defensio in jedem Augenblick die Wirkungen aufheben könne.

Die Litis contestatio[9] ist die Übereinkunft der Parteien vor dem Magistrat — ursprünglich unter Hinzuziehung von Zeugen[10] darüber, daß nunmehr der Streit zwischen ihnen bestehe; diese Einigung gelangte darin zum Ausdruck, daß der Beklagte vom Kläger die fertig redigierte Formel in Empfang nahm und sie hiermit billigte.[11] Dieser gemeinsame Willensakt der Parteien hatte wichtige Folgen: Das bisherige Rechtsverhältnis unter den Streitenden, welcher Art es auch sein mochte,[12] wurde aufgehoben und an seine Stelle die Befugnis gesetzt ein richterliches Urteil zu erwirken. In diese neu geschaffene Beziehung ist auch der Richter hineingezogen, dem die Formel die Fällung des Urteils zur Pflicht machte. Sowohl Parteien als auch Richter sind durch die Formel miteinander verbunden, ein Wechsel konnte hier nur unter Genehmigung des Magistrats durch Änderung der Formel — translatio judicii — stattfinden.

§ 118. Die Formel und ihre Bestandteile.

In der schriftlichen Formel legten die Parteien ihre Willenseinigung über das judicium nieder, zugleich bildete sie eine Instruktion für den Richter. Die Formel gab aber auch die Auffassung des Magistrats vom Rechtsstreit wieder, denn unter seiner Aufsicht und mit seiner Billigung wurde sie abgefaßt, sein Wille, nicht der Wortlaut des Gesetzes war maßgebend, er bestimmte, in welchen Rechtsverhältnissen ein römischer Richter angegangen werden durfte. Im übrigen wurde auch jetzt noch der alte Brauch festgehalten und die Formel nach gewissen Regeln abgefaßt. An der Spitze stand die Ernennung des Richters mit den Worten: Titius judex esto.

Daran schlossen sich je nach Art des Prozesses 5 weitere Bestandteile: die intentio, condemnatio, adjudicatio, demonstratio, praescriptio. Auf Antrag des Beklagten konnte dann noch eine exceptio Aufnahme finden.

---

9) Grundlegend Keller, Litiscontestation und Urteil 1827, ferner Wlassak, die Litiscontestation im Formularprozeß in der Breslauer Festschrift zu Windscheids Doktorjubiläum S. 55 ff., daselbst erschöpfende Literaturangaben. Schloßmann, Litis contestatio 1903. Lenel in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom Abt. Bd. 15 S. 374 ff. Trampedach in ders. Zeitschr. Bd. 18 S. 114 ff. und Bekker in ders. Zeitschr. Bd. 27 S. 1 ff.

10) Festus, contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quo ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote. Später kam wohl die Hinzuziehung von Zeugen in Fortfall. Bekker a. a. O. Bd. 1 S. 95.

11) Vgl. namentlich Wlassak, Die Litiscontestation im Formularprozeß 1889; ferner Lenel in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 15 S. 390 ff., er meint, daß der Kläger dem Beklagten im Beisein des Prätors die Formel diktierte — dictare judicium oder actionem l. 50 § 2 D. de pec. 15, 1; l. 13 § 1 D. jud. solvi 46, 7; l. 22 § 4 D. de nox. act. 9, 4; cf. auch Bekker, Actionen Bd. 1 S. 180; über edere actionem Bd. 2 S. 229 ff.

12) Der Untergang ipso jure konnte nicht Platz greifen bei Rechtsverhältnissen, die als solche erst in der formula anerkannt waren durch eine actio in factum, siehe unten S. 237, ferner bei actiones in rem, in deren Basis keine Veränderung vor sich ging und den judicia imperio continentia, weil sie die ordnungsmäßigen Rechtswirkungen der judicia legitima überhaupt nicht besaßen. In allen diesen Fällen verhinderte man den Rückgriff auf die vorigen Zustände durch die Gewährung von Einreden — exceptiones.

1. Die intentio enthielt den Anspruch des Klägers — ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit[1] — und galt daher als ein notwendiger Bestandteil jeder Formel. Es war nicht erforderlich, daß die intentio nach Inhalt und Wortlaut mit irgendeinem Gesetz des römischen Staates übereinstimme, der Magistrat konnte auch den vom Kläger vorgebrachten, im Gesetz nicht berücksichtigten Tatbestand — das factum — als seines Schutzes würdig anerkennen; hiernach unterschied man die formulae in factum conceptae von den in jus conceptae, bei welchen die intentio auf jus civile beruhte.[2] Andererseits konnte der Magistrat, wo es die Billigkeit und veränderte Rechtsauffassung gebot, auch die Bestimmungen des jus civile in der Formel dem Klageantrage gemäß ändern. In diesem Sinne unterschied man actiones praetoriae von actiones civiles,[3] die sich streng an die Vorschrift des jus civile hielten. In den actiones praetoriae beeinflußte der Magistrat die Anwendung der Gesetzesnorm in verschiedener Weise.

a) Er bildete neue Klagen actiones utiles nach Analogie einer bestimmten actio civilis, der sog. actio directa. Die actio utilis[4] schützte einen Anspruch, der zu derselben Spezies gehörte, wie das im jus civile bereits bestehende Recht, nur im Wortlaut des Gesetzes nicht vorgesehen war. Die actio legis Aquiliae utilis konnte z. B. wegen solcher Sachbeschädigungen angestellt werden, welche der Text der lex Aquilia selbst noch nicht erwähnte. Durch actiones utiles wurden aber auch neue Rechtsinstitute in den Verkehr eingeführt; man bildete die Klage einer actio directa nach, die einem in seinen Wirkungen ähnlichen zivilen Rechte diente. So wurde dem Erbpächter zur Geltendmachung seines Anspruches eine rei vindicatio utilis gewährt, die der ordentlichen Eigentumsklage nachgebildet war.

b) Der Prätor schuf actiones fictitiae,[5] durch welche beim wirklichen Vorhandensein gewisser vom Gesetze geforderter Tatbestände andere in der Klagebehauptung fehlende oder noch ungewisse Tatsachen als ge-

1) Gaj. Inst. IV § 41.

2) Gaj. Inst. IV § 45: quibus juris civilis intentio est. Bekker, Actionen Bd. 1 S. 130 ff., greift mit den actiones in factum conceptae weit in die älteste Vergangenheit zurück, habe doch schon die manus injectio sich auf das Faktum gestützt „quod tu mihi judicatus damnatus es". Auch Sakramentsaktionen in factum habe es möglicherweise gegeben. Diese facta konnten durch lange Gewohnheit und herkömmlichen prätorischen Schutz im Bewußtsein des Volkes sich sogar zu civilem Recht ausgestalten; vgl. Mitteis a. a. O. S. 54; daher in manchen Rechtsverhältnissen die Konkurrenz der actiones in factum mit zivilen Klagen, so beim depositum, commodatum und negotior. gestio. Vgl. Pokrowski in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 16 S. 7 ff., Erman in ders. Zeitschr. Bd. 19 S. 261 ff.

3) Auch actiones in factum sind actiones praetoriae, wenngleich in einem anderen Sinne. Identifiziert hat beide Savigny, System Bd. 5 § 216. Über das theoretische Wertverhältnis der konkurrierenden prätorischen Klagen zu den actiones civiles vgl. Wlassak in Paulys Realencyklopädie Bd. 1 S. 306.

4) Vgl. Brezzo, l'utilis actio del diritto romano. Torino 1889; von Mayr in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 26 S. 83.

5) Vgl. namentlich Keller, Zivilprozeß S. 145 ff., 468 ff.

schehen fingiert wurden, so daß selbst diejenigen zivilen Rechtswirkungen eintreten konnten, welche sich an diese fehlenden Umstände knüpften. Bei der actio Publiciana z. B. mußte der Kläger nachweisen, daß bei ihm gutgläubiger Besitz mit einem justus titulus am Streitobjekt vorgelegen habe, während der Ablauf der erst begonnenen Ersitzungszeit fingiert wurde, damit die Rechtswirkungen des quiritischen Eigentums sofort eintreten konnten.[6] Der Richter hatte im judicium nur zu prüfen, ob der Kläger titulierten, gutgläubigen Besitz an der streitigen Sache gehabt habe, die Frage nach dem Ablauf der Ersitzungszeit war gewissermaßen schon in jure vom Magistrat erledigt und die Redaktion der Formel entzog sie der richterlichen Prüfung. Auch negative Fiktionen gab es. Um aus Billigkeitsgründen eine zivile Klage zu ermöglichen, wurde im konkreten Fall fingiert, daß ein Hinderungsgrund, welcher tatsächlich vorlag, fortgefallen sei. Es wird z. B. im Interesse des Klägers fingiert: si capite deminutus non esset, oder si pecuniam acceptam non tulisset.

Die Redaktion der intentio schloß sich unmittelbar an die Einsetzung des judex und war an ihn gerichtet. Bei der dinglichen Klage erwähnte man das Streitobjekt und die rechtliche Beziehung, welche sich der Kläger zuschrieb: Si paret fundum Cornelianum Auli Agerii esse.[7] Die intentio der persönliche Klage stellte das rechtliche Verhältnis des Klägers zur Person des Beklagten dar: Si paret Nm Nm Ao Ao X dare oportere.

2. Die Condemnatio[8] steht im engsten Zusammenhang mit der intentio und ist wie sie ein notwendiger Bestandteil jeder Formel. Sie war alternativ gefaßt und enthielt die Weisung an den Richter, den Beklagten zu verurteilen oder freizugeben, je nachdem sich die Klagebehauptung der intentio im judicium bestätigen sollte oder nicht. Die condemnatio mußte stets auf eine Geldsumme lauten — condemnatio pecuniaria. Sie ging auf einen bestimmten Betrag, wenn die intentio vom Beklagten eine solche Leistung beanspruchte, d. h. eine intentio certi oder de certa pecunia war, z. B. bei einfachen Geldschulden. Bildete dagegen etwas anderes den Inhalt der Verbindlichkeit des Beklagten, so vermied es der Magistrat, den Wert der Leistung in der Formel genau zu bestimmen; er überließ es dem richterlichen Ermessen, mit weitgehender Rücksicht auf die Billigkeit den Geldbetrag im Urteil festzusetzen. Die condemnatio pecuniaria in der Formel lautete hier unbestimmt — quantum bonum aequum judici videbitur — sie war entsprechend der intentio eine condemnatio incerta.[9]

Besonders weit war der Spielraum, welcher dem Ermessen des Richters in den actiones arbitrariae gewährt wurde. Die Formel gestattete

6) Namentlich Erman in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 12 S. 225 ff., Bd. 13 S. 173 ff.

7) Gaj. Inst. IV §§ 43, 48.

8) Gaj. Inst. IV §§ 49–52. Keller a. a. O. S. 196 ff. § 32 Inst. de act. 4, 6.

9) Vgl. Trampedach in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 17 S. 97 ff. und darüber Pflüger in ders. Zeitschr. Bd. 18 S. 77 ff.

dem Richter vor der eigentlichen condemnatio einen von ihm ganz nach freiem Ermessen abgefaßten Satisfaktions- oder Restitutionsbefehl an den Beklagten zu erlassen — nisi arbitratu tuo restituat. In diesem arbitrium konnte vom Inhalt der intentio abgewichen werden, da es sich nicht wie die condemnatio aus der intentio ergab, sondern der condemnatio vorbeugen sollte. Die arbitrariae actiones, hieß es, gewährten dem Richter jene Freiheit sowohl im Interesse des Klägers als auch des Beklagten: Das arbitrium durfte die Grenzen der intentio sowohl überschreiten als auch einschränken; besonders wichtig aber war es für den Beklagten, daß er durch Erfüllung des Restitutionsbefehls die eigentliche condemnatio von sich abwenden konnte. Die condemnatio war hier, da sie ja das Ausbleiben der eigentlichen Leistung voraussetzte, nur eine condemnatio pecuniaria nach richterlicher Schätzung, also eine condemnatio incerta. Von großer Wirkung war das arbitrium bei den dinglichen Klagen, die sämtlich zur Kategorie der actiones arbitrariae gehörten. In der rei vindicatio forderte das arbitrium die Rückerstattung des Streitobjekts seitens des Beklagten. Dieser Befehl konnte, weil er noch kein offizielles Urteil war, nicht exekutiert werden: Genügte der Beklagte ihm nicht, dann freilich erfolgte die eigentliche condemnatio, die zwar vollstreckt wurde, niemals aber die streitige Sache, sondern eine Geldsumme zum Gegenstande hatte. Es folgt hieraus, daß bei den dinglichen Klagen der Beklagte niemals zur Herausgabe der Sache selbst gezwungen werden konnte, sondern sich stets durch Leistung der richterlichen Kondemnationssumme die endgültige Herrschaft über das Streitobjekt erhalten durfte.[10]

Die Redaktion der condemnatio schloß sich, wenn das arbitrium nicht dazwischen geschoben wurde, an die intentio an. Mit den drei regelmäßigen Formelteilen — Einsetzung des Richters, intentio und condemnatio mit oder ohne arbitrium lautete die Formel der dinglichen also arbiträren rei vindicatio folgendermaßen: Titius judex esto. Si paret rem qua de agitur ex jure Quiritium A^i A^i esse, neque ea res arbitratu tuo A^o A^o restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, N^m N^m A^o A^o condemna, si non paret absolve.[11] Die auf eine bestimmte Geldsumme gerichtete obligatorische Klageformel hatte nachstehende Fassung: Titius judex esto. Si paret N^m N^m A^o A^o sester-

10) Außer den dinglichen Klagen gehörten zu den actiones arbitrariae noch die actio quod metus causa, actio de dolo, actio ad exhibendum, actio Pauliana, actio noxalis injuriarum, actio aquae pluviae arcendae, die hereditatis petitio und die actio Fabiana und Calvisiana. Lenel a. a. O. S. 110, 111, 171, 339, 362, 388, 419 bis 426. Über diese Klagen siehe oben S. 182 und 185. Das Fabianum edictum sicherte die Erbschaftsansprüche des Patrons am Vermögen der Freigelassenen gegen fraudulose Veräußerungen; ähnlich das edictum Calvisianum. In § 31 Inst. de act. 4, 6 wird auch die actio de eo „quod certo loco promissum est" als actio arbitraria erwähnt; vgl. dazu Lenels Bedenken a. a. O. S. 237 ff., auch Girard a. a. O. S. 1016 „peut-être (actio arbitraria) dans un sens différent."

11) Lenel a. a. O. S. 181.

tium decem milia dare oportere, judex Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia condemna, si non paret absolve.

Trotz des engen Zusammenhanges zwischen intentio und condemnatio gestattete der Formularprozeß in gewissen Fällen dennoch eine wesentliche Abweichung im Inhalt beider Formelteile. Mit Genehmigung des Magistrats durfte durch die sog. Umstellung — translatio judicii — die condemnatio gegen eine Person gerichtet werden, die am Rechtsverhältnis, auf welches sich die intentio stützte, keinen Anteil genommen hatte und daher in der intentio nicht genannt werden konnte. Intentio und condemnatio bezeichneten somit verschiedene Subjekte. Wir kennen zwei besonders typische Fälle solcher Umstellungen:

a) Aus gewissen Rechtsverbindlichkeiten der Haussöhne und Sklaven konnten Klagen auch gegen den Gewalthaber angestrengt werden. Von diesen Klagen sagte man, sie seien angegliedert — actio adjicitur.[12] Hatte z. B. der Hausſohn auf Geheiß — jussus — seines Vaters, aber auf eigenen Namen von einem Dritten ein Pferd gekauft und den Kaufpreis nicht bezahlt, so durfte der Verkäufer nicht nur den Hausſohn, sondern mit der actio quod jussu auch den Vater belangen. Die intentio dieser Klage stützte sich auf das Kaufgeschäft, an welchem der Vater nicht teilgenommen hatte, hier konnte also nur der Hausſohn, nicht der Vater erwähnt werden. Die condemnatio aber ließ den Hausſohn aus dem Spiel und ordnete die Verurteilung des Vaters an, wenn die Klagebehauptung sich bestätigen sollte. Es ergab sich demnach für unseren Fall folgende Formel: Quod jussu Ni Ni patris As As Gajo Ni Ni filiofamilias equum vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Gajum filium Ao Ao dare facere oportet ex fide bona, ejus Nm Nm patrem Ao Ao c. s. n. p. a.[13]

b) Der zweite Fall der Umstellung war bedingt durch die Stellvertretung im Prozeß. Dem Legisaktionenverfahren eigentlich fremd,[14] hat dieses Institut wohl erst im Formularprozeß wirklichen Eingang gefunden. Den Vollmachtgeber betraf das Rechtsverhältnis, aus welchem geklagt wurde, sein Name stand daher in der intentio, im Prozeß aber handelte der Bevollmächtigte, er erstrebte den Ausgang des Verfahrens — die Verurteilung des Beklagten oder Abweisung des Klägers — und das mußte in der condemnatio hervortreten. Man unterschied zwei Arten der

---

12) Gaj. Inst. IV §§ 69 ff. Über die actiones adjectitiae qualitatis insbesondere das edictum triplex siehe unten im Obligationenrecht. Vgl. Bekker, Actionen Bd. 2 S. 119 ff. und Pokrowski a. a. O. S. 33 ff.

13) Lenel a. a. O. S. 270.

14) Nemo alieno nomine lege agere potest. l. 123 D. de R. J. 50, 17 und derselben Meinung Keller a. a. O. § 54. Den cognitor hat man übrigens auch auf die leg. act. zurückgeführt. Vgl. Eisele, die cognitur und procuratur ferner in seinen Beiträgen zur röm. Rechtsgesch. S. 91 ff., dagegen sehr entschieden Wlassak, zur Geschichte der Cognitur 1892 S. 28, nach ihm ist die Cognitur späteren Ursprunges als die Prokuratur.

Prozeßvertretung durch den cognitor und den procurator.[15] Der cognitor hatte die typische Prozeßvollmacht, er wurde certis et quasi sollemnibus verbis im Prozeß eingesetzt[16] und die condemnatio, die ihn nannte, erledigte den Rechtsstreit für den Vollmachtgeber so gut wie für ihn; er steht eben hier „loco domini". Da aber die Formel und ihr Inhalt von beiden Prozeßparteien gebilligt werden mußte, so verstand es sich von selbst, daß auch die Einsetzung des cognitor nicht anders erfolgen konnte als im Beisein des Gegners — coram adversario. Die Anwesenheit des cognitor selbst war beim Einsetzungsakt in jure nicht erforderlich. Der cognitor wurde in der condemnatio bezeichnet, gleichviel ob er Vertreter des Klägers oder des Beklagten war, nur mußte der Beklagte für die Zahlungsfähigkeit seines cognitor Sicherheit leisten, denn dem Kläger konnte es nicht gleichgültig sein, gegen wen er die erwirkte Verurteilung vollstreckte. Dagegen war es für den Beklagten belanglos, ob der Kläger selbst oder sein cognitor abgewiesen wurde, er durfte also keine Sicherheitsleistung für den klägerischen cognitor beanspruchen.[17] Beiden Parteien war es gestattet, den durch die Formel ernannten cognitor nachträglich zu beseitigen oder durch einen anderen zu ersetzen — abdicare aut mutare —; auch mit dem Tode des cognitor mußte gerechnet werden. Hierzu war aber eine Formeländerung — translatio judicii — erforderlich, die beim Magistrat nachgesucht und causa cognita genehmigt wurde.[18]

Während die Stellung des cognitor auf das engste mit dem formalen Klagerecht verbunden und außerhalb seiner nicht denkbar war, handelt es sich bei der Prokuratur um eine Geschäftsvertretung von allgemeinster Natur,[19] welche in ihrer späteren Entwicklung auch zu Prozeßzwecken verwertet wurde.[20] Da man den procurator mit der Prozeßführung wie mit jedem anderen Geschäft betraute, so gab es für seine Einführung in den Prozeß keine besondere Form, auch brauchte die Gegenpartei

15) Gaj. Inst. IV. § 82 ff. auch der tutor und curator werden hier erwähnt. vgl. Wlassak, a. a. O. Debray, de la représentation en justice par le cognitor.

16) Gaj Inst. IV. § 83. Die Formel lautete bei der Einsetzung des cognitors seitens des Klägers: Quod ego a te fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do oder Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do. Der Beklagte bediente sich folgender Worte: Quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Mevium cognitorem do oder Quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do. Der praktische Unterschied zwischen diesen beiden Einsetzungsformeln ist bestritten, nicht aber klargestellt. Man meinte, die erste Fassung sei bei dinglichen Klagen — quod a te fundum peto —, die zweite bei persönlichen zur Anwendung gekommen. Andere halten die zweite unbestimmtere Fassung für eine Einsetzungsformel, die dem Prozeß vorausging, während die erste schärfer präzisierte nach Substanziierung der Klage üblich gewesen sei.

17) Gaj. Inst. IV § 97.

18) Vat. Fr. 341. l. 17, pr. D. de procur. et defens. 3 .3. Lenel a. a. O. S. 93.

19) Über die allgemeine Bedeutung der Prokuratur vgl. namentlich Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte, Leipzig 1881; Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Bd. 2, S. 171 ff., Mitteis, röm. Privatr. Bd. 1 S. 232 ff.

20) Vielleicht spricht dieser Umstand dafür, daß die procuratur doch späteren Ursprungs ist wie die cognitur. Anderer Meinung freilich Wlassak, a. a. O. S. 28. Nach Voigt, röm. Rechtsgesch. Bd. 1 S. 275 ff. soll die cognitur gar griechischen Ursprungs und um die Mitte des 6 Jh. aus Sizilien eingeführt worden sein.

von seiner Einsetzung nicht Kenntnis zu haben. Für den Beklagten konnte sogar jeder beliebige auch nicht bevollmächtigte Vertreter als defensor die Parteirolle übernehmen; dem Kläger mußte es nur darauf ankommen, daß ihm wie auch beim cognitor hinreichende Sicherheit für den Fall der Urteilsvollstreckung geboten werde.[21] Diese satisdatio leistete der Prokurator oder defensor selbst, der Kläger ließ sich eben mit ihm nicht früher ein, während bei der Cognitur der Beklagte für seine Vertreter gut sagte.[22] Der procurator führt den Prozeß für die Partei, er ist aber nicht durch feierliche Ernennung domini loco in die Formel eingesetzt, es lag ursprünglich nicht wie beim cognitor eine deductio in judicium vor. Durch die Erledigung der condemnatio wider den procurator oder zu seinen Gunsten ist die Sache für den Vertretenen keineswegs formell aus der Welt geschafft und eine Wiederaufnahme desselben Prozesses nicht ausgeschlossen. Um dem vorzubeugen, kann jeder procurator verpflichtet werden, der Gegenpartei Sicherheit zu leisten, daß der Vertretene seine Handlungen genehmigen und damit auf die nochmalige Aufnahme des Verfahrens verzichten werde.[23] Später wurde es üblich, den Prokurator durch Erklärung zum gerichtlichen Protokoll oder durch Übergabe der Vollmacht zu den Akten zu ernennen. Damit hatte sich der Vollmachtgeber mit denselben Wirkungen gebunden wie durch die solenne Einsetzung des Kognitors.[24]

Trotz jener ursprünglich wichtigen Unterschiede in der Stellung des Prokurators und Kognitors wurde dennoch die Formel für beide Fälle der Stellvertretung in gleicher Weise abgefaßt. In der intentio nannte man den Vertretenen, in der condemnatio den Vertreter: Sejus judex esto. Si paret N. Negidium P. Mevio (der Vertretene) sestertium X Milia dare oportere, judex N. Negidium L. Titio (der Vertreter) sestertium X Milia condemna, si non paret absolve.[25]

3. Die adjudicatio setzte man für gewisse Klagen vor die condemnatio. Wie durch das arbitrium in den actiones arbitrariae[26] wird auch hier die Befugnis des Richters erweitert. Er hat nicht nur das Urteil nach Prüfung der intentio in ihrem Rahmen auszusprechen, nicht nur die bestehende Rechtslage anzuerkennen, sondern er ist berufen, vor der Urteilsfällung aus dem gegebenen Stoff eine neue Rechtslage nach eigenem Ermessen zu schaffen, weil nach dem vorhandenen Tatbestande die Parteien ihre Stellung im Prozeß, ja sogar ihre Parteirolle — ob Kläger oder Beklagter — nicht imstande sind genau zu präzisieren. Diese Bedeutung haben die drei Teilungsklagen —

21) Gaj. Inst. IV § 101 nemo sine satisdatione defensor idoneus intellegitur. Die cautio lautet auf judicatum solvi.

22) Gaj. Inst. IV § 101.

23) Gaj. Inst. IV § 98 periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur.

24) L. 1. C. de procuratoribus 2, 12.

25) Gaj. Inst. IV § 86. Auch der procurator in rem suam wurde mit der gleichen Formel in den Prozeß eingeführt.

26) Vgl. oben § 116, 4.

judicia divisoria: die actio familiae erciscundae, communi dividundo und finium regundorum.[27] Das bestehende Gesamtrecht der Miterben, Miteigentümer oder Grenznachbarn soll aufgehoben werden, mehrere Sonderrechte an seine Stelle treten. Keine Partei bestreitet der anderen ihre Befugnisse an der Erbschaftsmasse, am gemeinsamen Gegenstand oder am Grundstück, dessen Grenzen streitig sind. Man will aber den bestehenden Zustand als lästig beseitigen und bedarf hierzu der Vermittelung des Richters, der nach freiem, sachverständigem Ermessen die neuen Sonderrechte zuvor kraft der adjudicatio schaffen und dann gemäß der condemnatio zusprechen soll. Die adjudicatio lautete: Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjucato; es folgt die condemnatio: quiquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet ex fide bona, ejus, judex, alterum alteri condemna, si non paret absolve.

4. Die demonstratio gab den Rechtsgrund der Klagebehauptung oder intentio an.[28] Sie fand sich nicht in jeder Klageformel, namentlich nicht dort, wo die intentio selbst die Rechtsbasis des Klageanspruches in sich schloß. Diese Bedeutung hatten die sog. actiones certae: die dinglichen Klagen, weil hier der Anspruch selbst das Eigentum, Servitutenrecht u. dgl. bezeichnet: z. B. Si paret fundum Ai Ai esse ex jure Quiritium oder Si paret Ao Ao jus esse eo fundo uti frui und ferner die persönlichen Klagen des strictum jus, welche auf die Leistung einer bestimmten Summe gerichtet sind: Si paret Nm Nm Ao Ao centum dare oportere. Die demonstratio ist ein Ergebnis jenes starken Einflusses der Prätur, welcher im Formularprozeß zutage tritt, denn der in ihr angegebene Rechtsgrund stützt sich nicht auf das jus strictum, sondern auf die Billigung des Magistrats. Dem entsprechend war die Instruktion an den Richter eine freiere. Im Anschluß an die demonstratio läßt sich die intentio nicht genau fixieren, ihr Inhalt soll sich erst nach dem Prinzip von Treu und Glauben — ex fide bona — aus der demonstratio ergeben; sie ist eine intentio incerta. Das Anwendungsgebiet der demonstratio bildeten vorzugsweise die formlosen Verträge des prätorischen Rechts — Kauf — emtio-venditio, Miete — locatio-conductio, Auftrag — mandatum, Gesellschaftsvertrag — societas. Die demonstratio z. B. in der Klageformel des Käufers mit entsprechender intentio incerta lautete: Titius judex esto. Quod As As de No No hominem emit (die demonstratio), quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona (die intentio), ejus, judex, Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret absolve.

5. Die Praescriptio gehörte nicht zum Aufbau einer Prozeßformel an sich, vielmehr war sie, wie Gajus sagt,[29] ein bloßer

27) Das Nähere über diese Klagen vgl. im Sachen- und Erbrecht.
28) Vgl. namentlich Keller, Zivilprozeß S. 192 ff. Gaj. Inst. IV § 39.
29) Gaj. Inst. IV § 130 ff., vgl. Keller, Zivilprozeß S. 202 ff.; Schloßmann, praescriptiones und praescripta verba 1907 und darüber Partsch in der Zeitschr. der

Zusatz, der aus besonderen Gründen auf Antrag der Prozeßparteien, des Klägers oder auch der Beklagten der Formel vorausgeschickt wurde und gewissermaßen außerhalb ihrer regelmäßigen Fassung lag. Da auch ihre Zulassung in das Ermessen des Magistrats gestellt war, so stand sie der demonstratio nahe. Meist hatte sie die Aufgabe, die demonstratio näher zu bestimmen: sie gegen ihren Wortlaut zu beschränken oder zu ersetzen.

a) Eine Beschränkung der demonstratio bezweckt die praescriptio sowohl im Interesse des Klägers als auch des Beklagten. Will z. B. der Kläger aus einem und demselben Schuldverhältnis nur die fälligen Raten ausklagen und zugleich die Konsumtion der ganzen Schuld vermeiden, so muß er in einer praescriptio darauf hinweisen: Quod As As de No No incertum stipulatus est, cujus rei dies fuit (die praescriptio) quiquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet (die intentio) condemna. Der Beklagte beantragte eine praescriptio, wenn zu befürchten war, daß die Entscheidung mit dem klägerischen Anspruch Rechtsfragen erledige, deren Hereinziehung vermieden werden soll z. B. die Frage nach dem Erbrecht selbst bei der Vindikation einer Erbschaftssache: si in ea re praejudicium hereditati non fiat.

b) Die praescriptio tritt an die Stelle der demonstratio bei allen Klagen aus den sog. Innominatverträgen.[30] Das Prinzip der bona fides gebot, daß die Erfüllung einer Leistung aus einem beliebigen zweiseitigen Vertrage den Anspruch auf die Gegenleistung erzeuge. Dieser Grundsatz kam namentlich bei solchen Verträgen zur Anwendung, die weder im jus civile, noch auch im Edikt unter einer bestimmten Bezeichnung vorgesehen waren. Hier konnte die Formel den Klagegrund keinem fertigen System entlehnen, er mußte kraft magistratischer Autorität aus dem Tatbestande geschöpft und durch praescripta verba fixiert werden. Während also die demonstratio auf einen nach seiner technischen Bezeichnung bekannten bonae fidei contractus — Kauf, Miete und dgl. — hinweist, schilderte die praescriptio die Tatsache irgendeiner erfüllten Leistung, welche billigerweise nach dem Grundsatz do ut des, facio ut des, do ut facias, facio ut facias den Gegenanspruch bedinge. Daß gleich wie bei der demonstratio auch hier die intentio eine incerta war, versteht sich von selbst. Die Klageformel aus dem typischen Innominatkontrakt, dem Trödelvertrag oder contractus aestimatorius, lautete: Quod As As No No mensam argenteam aestimatam vendendam dedit, (praescriptio) qua de re agitur, quiquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona (intentio) ejus, judex, Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret absolve.[31]

Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 28 S. 440ff., cf. von demselben die Schriftformel im röm. Provinzialprozeß 1905.

30) Vgl. unten Obligationenrecht.

31) Lenel a. a. O. S. 292 meint, daß kein Grund vorlag, „warum der praetor hier grundsätzlich von der üblichen Form der demonstratio abgegangen sein sollte". Freilich in der wörtlichen Fassung lassen sich diese Formelteile schwer unterscheiden.

c) Eine von der demonstratio völlig unabhängige Funktion hat schließlich die praescriptio in den actiones certae, die ja eine demonstratio überhaupt nicht zuließen, wenn irgendein wesentlicher Umstand der Erklärung bedurfte. Diese Bedeutung hat die praescriptio in den Klagen des Gewalthabers aus Rechtsgeschäften, welche von seinem Haussohn oder Sklaven abgeschlossen waren. Hier mußte in der Formel darauf hingewiesen werden, daß die Person des Klägers von derjenigen des Kontrahenten verschieden sei. Die Formel mag etwa wie folgt gelautet haben: Quod Stichus Ai Ai servus, de No No sestertium X. M. dari stipulatus est (praescriptio). Si paret Nm Nm Ao Ao sestertium X. M. dare oportere (intentio certa), judex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a. Einen analogen erklärenden Zusatz zur intentio certa, bei einer incerta intentio dagegen zur demonstratio oder an Stelle der demonstratio bildete die praescriptio in der Klageformel gegen den Bürgen — sponsor oder fidejussor. Es scheint, daß es für den Bürgenvertrag im prätorischen Edikt keine namentlich bezeichnete Klageformel gab und daß der Rechtsgrund der Hauptschuld mit einer ergänzenden Bemerkung unmittelbar gegen den Bürgen verwertet wurde. Hiermit mag es sich erklären, daß man ursprünglich strenge Übereinstimmung der Bürgenhaftung mit der Hauptschuld forderte.[32] Die Formel bei der intentio incerta lautete: Ea res agatur, quod As As de L. Titio incertum stipulatus est (demonstratio), quo nomine N. N. sponsor est, cujus rei dies fuit (praescriptio), quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet (intentio), judex, Nm Nm Ao Ao condemna, si non paret absolve. In der Klageformel gegen den fidejussor aber tritt die praescriptio an die Stelle der demonstratio: Ea res agatur, quod N. N. pro L. Titio incertum fide sua esse jussit, cujus rei dies fuit, quidquid ob eam rem etc.

6. Die Exceptio als Gegenrecht des Beklagten.

a) Das Wesen der exceptio. Die exceptio bestreitet nicht das Klagerecht als solches, sie ruft ein ihm gegenüberstehendes Recht an. Der intentio des Klägers wird eine selbständige Rechtsbehauptung entgegengesetzt, welche den Klageantrag vernichtet oder hemmt. Dem klägerischen Eigentum z. B. stellt der Beklagte seinen Nießbrauch am Streitobjekt entgegen, der Schuldforderung einen Erlaßvertrag. Die Vorbereitung des Rechtsstreites in jure unter der Aufsicht des Magistrats mußte auch dem Beklagten das Recht sichern, den Inhalt der Formel und namentlich die Kondemnationsinstruktion an den Richter in seinem Interesse zu beeinflussen.[33] Wie in der Behandlung der übrigen Formelteile, so offenbart sich auch hier die schöpferische Kraft des Magistrats;

32) Lenel a. a. O. S. 207 meint, die Bürgschaft habe im Edikt unter dem Gesichtspunkt der Haftungsgemeinschaft gestanden; übrigens konstatiert auch er, „daß wir über das klassische Aktionenrecht der Bürgschaft überaus ungenügend unterrichtet sind".

33) Diesem Zweck diente auch die praescriptio pro reo. Aber die selbständige Antragstellung des Beklagten kam doch erst in der exceptio zur Geltung; es heißt reus in exceptione actor est l. 1 D. de except. 44, 1. Ulpianus libro 4 ad edictum.

neue Gesichtspunkte der Billigkeit konnten Eingang finden, veraltete Rechte außer Kraft gesetzt werden. Ja es brach sich die Anschauung Bahn, daß in allen bonae fidei judicia eine exceptio wider mißbräuchliche Geltendmachung des Rechts — eine exceptio doli generalis — von selbst enthalten sei und daher nicht einmal ausdrücklich in jure vorgeschützt zu werden brauche; der Richter könne sie auch ohne besondere Ermächtigung berücksichtigen.[34] Die Redaktion der exceptio in der Formel stellte sie als eine Beschränkung oder Aufhebung der condemnatio dar, wenn die der intentio entgegengesetzte Rechtsbehauptung des Beklagten sich bestätigen sollte. Das markierten die Worte: Si non, ac si non, extra quam si, praeterquam si. Mit einer exceptio aus dem Schulderlaß würde die Formel folgendermaßen lauten: Titius judex esto. Si paret Nm Nm Ao Ao sestertium X M. dare oportere (intentio), si inter Am Am et Nm Nm non convenit ne ea pecunia peteretur (exceptio), judex Nm Nm Ao Ao sestertium X M. condemna, si non paret absolve.

b) Die Arten der exceptio. Gajus unterscheidet in ihren Wirkungen peremtorische und dilatorische Exzeptionen.[35] Erstere stehen der Klagebehauptung in jedem Falle gegenüber, sie schließen den Klageanspruch, sobald sie geltend gemacht werden, endgültig aus, haben also tilgende Kraft. Dahin gehört der Hinweis des Beklagten, daß die intentio einem Gesetz widerspreche,[36] der klägerische Rechtsgrund auf Drohung oder Betrug beruhe.[37] Die exceptiones dilatoriae heben den Klageanspruch nicht schlechtweg auf, sie hemmen ihn nur zeitweilig, insofern

34) Regelmäßig war die exceptio ein ausdrücklicher Bestandteil der Formel, über sie durfte nicht verhandelt werden, wenn die Formel sie nicht erwähnte. Es kommen aber Ausnahmen vor, die zum Teil im Wesen des Klageantrages, wie bei den bonae fidei judicia, lagen, zum Teil im Charakter der Einrede, deren Wirkung man dadurch verstärkte, daß man ihre Geltendmachung auch außerhalb der Formel in einem späteren Prozeßstadium, ja sogar noch in der Exekutionsinstanz, gestattete, so z. B. die exceptio aus dem beneficium competentiae, deren Wesen freilich bestritten ist; Keller a. a. O. § 36, Girard a. a. O. S. 1026, Lenel, a. a. O. S. 298. Bei irrtümlicher Versäumnis in der Geltendmachung der exceptio in jure konnte der Beklagte in jedem Fall um eine in integrum restitutio nachsuchen. Gaj. Inst. IV § 125, vgl. l. 2 C. sent. rescindi 7, 50; vgl. Krüger, im Archiv für ziv. Praxis Bd. 67, n. 4, siehe ferner l. 8 C. de except. 8, 35. Ob der Beklagte gegen Versäumnis dilatorischer Einreden Restitution erhalten konnte, war zu Gajus Zeit streitig und wurde später entschieden verneint, l. 12 C. de except. 8, 35. Man sollte durch rechtzeitiges Vorbringen der dilatorischen Einrede den Kläger warnen und zum Abstehen von einer erfolglosen Klage bestimmen.

35) Gaj. Inst. IV § 120 ff. l. 3 D. de except. 44, 1. Gajus libro 1 ad edictum provinciale: Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali et rei judicatae et si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur: procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt.

36) Hierher gehören die exceptiones aus der lex Cincia, dem SC. Vellejanum und Macedonianum; vgl. Obligationenrecht.

37) Die exceptio metus und doli. Gaj. Inst. IV § 121. l. 3 D. 44, 1 cit.

die intentio gegen gewisse Beschränkungen verstößt. Der Kläger kann daher diesen Einreden durch eine zweckentsprechende Klageanstellung aus dem Wege gehen. Hierher gehören die exceptio ne intra certum tempus ageretur oder die exceptio wider eine ungesetzliche Stellvertretung im Prozeß.[38] Wich der Kläger der dilatorischen exceptio nicht vorläufig aus und bestand er auf Übergabe des Rechtsstreites an den Richter, dann führten freilich auch sie gleich den peremtorischen zu endgültiger Abweisung der Klage.[39]

Die Exzeptionen sind ferner *sachliche* — rei cohaerentes — oder *persönliche* — personae cohaerentes. Die sachlichen Exzeptionen stehen jedem zu, gegen den aus dem Rechtsverhältnis geklagt wird; die exceptio legis Cinciae z. B. kann jeder Beklagte dem Anspruch aus einem größeren Schenkungsversprechen entgegenstellen. Die persönlichen Exzeptionen gehören nur bestimmten Personen; sie haften nicht am Rechtsverhältnis, sondern befreien nur eine Person, z. B. die exceptio aus dem pactum de non petendo in personam.

Nach dem Ursprung unterscheidet man Exzeptionen, die sich *auf einen bestimmten Tatbestand* stützen,[40] ein *gesetzliches Gebot*[41] oder *eine Vereinbarung der Parteien*[42] von der *exceptio doli generalis*, die davon ausgeht, daß die Anstellung der Klage trotz ihrer äußeren Rechtsbasis im gegebenen Fall ein Unrecht bilde.[43] Ursprünglich suchte man den Grund dieser exceptio in der unehrenhaften Gesinnung des Klägers, welcher das formelle Recht mißbrauche, um unlautere Vorteile zu gewinnen. Später fand man ein objektives Kriterium: Die exceptio doli generalis wurde ohne Rücksicht auf die Gesinnung des Klägers zugelassen, wenn das Klagerecht dem wahren Recht widerstritt, im gegebenen Fall also nur die Form, nicht das Wesen eines Rechts hatte.[44]

---

38) Über die procuratoriae exceptiones vgl. Gaj. Inst. IV § 124, § 11 J. de exc. 4, 13 und namentlich Bülow, Prozeßeinreden 1868 S. 29 ff., ferner A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 273 ff., S. 318, Lenel a. a. O. S. 95, 483. Dilatorisch ist die exceptio litis dividuae et rei residuae Gaj. Inst. IV § 122.

39) Gaj. Inst. IV § 123.

40) Die exceptio rei judicatae oder der Hinweis auf einen Betrug des Klägers beim Abschluß des Rechtsgeschäfts — exceptio doli specialis oder praeteriti.

41) Z. B. die exceptio SC. Macedoniani.

42) Z. B. die exceptio pacti de non petendo.

43) Sie heißt daher auch exceptio doli praesentis im Gegensatz zur exceptio doli specialis oder praeteriti, die darauf hinweist, daß der Kläger schon früher beim Abschluß des von ihm ausgeklagten Rechtsgeschäfts einen Betrug begangen habe. Die Formel der exceptio doli lautete: si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat. Die exceptio wird in ihrem ersten Gliede gewöhnlich als die des dolus specialis bezeichnet, in ihrem zweiten Gliede — neque fiat — als die des dolus generalis. l. 4 § 33 D. de doli mali exc. 44. 4. Vgl. über die exceptio doli Hänel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 12 S. 422 ff., Pernice, Labeo Bd. 2 S. 112 ff., 2. Aufl. S. 231 ff., H. Krüger, zur Lehre von der exceptio doli I 1892, Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd 2 § 116 S. 1077.

44) Eine Analogie bietet die querela inofficiosi testamenti, welche ursprünglich auf die Pflichtwidrigkeit des Erblassers gebaut war, später aber auch hiervon abgesehen dem Pflichtteilsberechtigten Ansprüche gab. Freilich wird wohl auch hier und da später auf die ursprüngliche subjektive Grundlage der exceptio doli ein gewisses

In dieser Funktion war die exceptio doli für die Entwicklung des römischen Rechts besonders wichtig. Unter ihrem Schutze bildeten sich zahlreiche Rechtsinstitute aus.[45]

Sie trat namentlich Klagen aus Formalgeschäften, z. B. Stipulationen entgegen, welche eines materiellen Rechtsgrundes — der causa — ermangelten.[46]

Die exceptio doli wurde ferner das Mittel zur Geltendmachung des Retentionsrechtes — Zurückhaltungsrechtes.[47] Es ist dies die Befugnis, eine geschuldete Leistung zu verweigern, bis der andere Teil gewissen Gegenansprüchen gerecht wird. Ein Hauptfall ist die Zurückhaltung einer fremden körperlichen Sache.[48] Es ist dies aber nicht der einzige; auch eine bloß geschuldete Leistung kann man zurückhalten.[49] Die Gegenansprüche können klagbar sein, wesentlich ist dies aber nicht. Meist ist ferner der Grund des Retentionsrechtes wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der Gegenansprüche — Konnexität —, aber es gibt auch anerkannte Retentionsfälle, wo dies nicht der Fall ist. Das Retentionsrecht sucht die Erfüllung der Forderungen des Retinenten durch zeitweilige Hemmung der Ansprüche des anderen Teils zu erzwingen. Es gibt dem Zurückhaltenden aber nicht die Befugnis, über den Gegenstand der Zurückhaltung — etwa durch Verkauf behufs Befriedigung seiner Gegenansprüche — rechtlich zu verfügen oder dessen Nutzungen zu diesem Zweck zu verwenden oder dasselbe — von den Besitzklagen abgesehen — im Fall des Verlustes auf dem Klagewege zu verfolgen. —

Die praktische Bedeutung der exceptio doli generalis ist nicht erloschen. Fortwirkend hat sie lebendige Kraft. Sie ist ein Organ des wahren Rechts in Fällen geblieben, in welchen die Anwendung einer gesetzlichen Regel dem Wesen der Sache und dem Zwecke des Rechts zuwiderliefe. So auch unter der Herrschaft des BGB.

Der Exzeption konnte der Kläger eine Replik entgegenstellen. Sie ist die Abwehr einer exceptio und durch sie erhält das Klagerecht wieder ungehemmte Wirksamkeit. Zum Siege kann die Replik jedoch nur dann führen, wenn das Klagerecht selbst begründet ist; sie entfernt die Exzeption, gibt aber der Klage keine neue Grundlage. Entsprechend kann der Beklagte die Replik mit einer Duplik beseitigen und der Exzeption ihre Wirksamkeit zurückgeben.

Gewicht gelegt, so von Ulpian in der l. 2. § 5 D. de doli mali exc. 44, 4 . . . nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. Dagegen äußert Papinianus libro 3 quaestionum l. 12 D. h. t.: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est. Vgl. des weiteren Pernice a. a. O. S. 120, 2. Aufl. S. 247 ff.

45) Hier sind zwei Sätze des römischen Prozeßrechtes zu erwähnen: Ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Ulpianus libro 76 ad edictum l. 2 § 5 D. h. t., vgl. freilich l. 4 § 33 D. eod. b) Exceptio doli inest bonae fidei judiciis l. 21. D. sol. matr. 24, 3, l. 84 § 5 D. de leg. I siehe Birkmeyer, die Exzeptionen im bonae fidei judicium S. 130.

46) l. 2 § 3 D. de doli mali exc. 44, 4, vgl. l. 4 § 1 D. eod.

47) Langfeld, die Lehre vom Retentionsrecht 1886 und die dort Zitierten, Bekker in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 267. Geschichtliches bei Pernice, Labeo Bd. 2. S. 121, Aufl. 2 S. 252 ff.

48) Dahin gehört das Retentionsrecht des Besitzers einer fremden Sache wegen Verwendungen gegenüber der Klage des Eigentümers auf Herausgabe. Vgl. unten Sachenrecht.

49) Ebenso BGB. § 273 Abs. 1.

§ 119. Das Verfahren im judicium.

1. Das officium judicis:

Das Verfahren in jure hatte die Aufgabe, unter Beobachtung bestimmter Formen die Streitlage festzustellen. Mit großen Strichen entwarfen die Parteien unter der Leitung des Magistrats ein Bild ihrer Ansprüche und Gegenrechte und die Litis contestatio machte allen früheren Beziehungen ein Ende. Mit der deductio in judicium war die Verhandlung derselben Sache vor dem Magistrat regelmäßig ausgeschlossen, nur noch der Richter durfte sich mit ihr befassen.

Im judicium saßen als Richter judices, arbitri, recuperatores. Noch Gajus unterscheidet judicia legitima und imperio continentia.[1] Erstere beruhten auf dem altrömischen Bürgerrecht; sie durften nur für Prozesse der cives romani, nur innerhalb der Stadt Rom oder ihrer Bannmeile angeordnet werden und wurden bloß von einem Richter geleitet. Die judicia imperio continentia stützten sich auf das Imperium des Gerichtsmagistrats; sie waren weder an einen bestimmten Ort gebunden noch auf römische Bürger beschränkt. Freilich verlor die Formel mit dem Rücktritt des Magistrats von seinem Amte jede Bedeutung, wenn sie nicht vorher im judicium erledigt war, während die judicia legitima einmal angeordnet ihre Kraft behaupteten. Dieser Gegensatz ist indessen wohl späterhin abgeschwächt worden. Die lex Julia judiciaria beschränkte die Gültigkeit der judicia legitima auf ein Jahr und sechs Monate, während die judicia imperio continentia in der Kaiserzeit namentlich in den Provinzen nicht mehr so ängstlich an die Amtsdauer der Magistrate gebunden wurden.

Kraft seines officium hat der Richter die in der Formel in großen Zügen entworfene Streitfrage zu prüfen und in ihren Einzelheiten zu lösen. Solange der Magistrat durch die legis actiones bei Erteilung der Klagen an den Wortlaut des Gesetzes gebunden war, mußte auch der Spielraum der Richtertätigkeit ein enger sein; es galt vor allem, den ihm überwiesenen Prozeß zu Ende zu führen, ein formales Urteil zu fällen. Bei der legis actio sacramento lag das Schwergewicht äußerlich gar nicht einmal im streitigen Recht der Parteien, sondern in der Frage, wer von ihnen die Sakramentssumme dem aerar zu entrichten habe; abgesehen von den Streitenden hatte also der Staat als Dritter ein Interesse an der Urteilsfällung. Das begonnene judicium war ohne Rücksicht auf spätere Vorgänge — Verzicht, Vergleich oder sonstige Einigung der Parteien — laut der in jure erteilten Weisung durch Urteil zu erledigen. Dieses strenge Prinzip wurde durch die actiones arbitrariae durchbrochen. Der Beklagte konnte durch Erfüllung des Arbitrium der Verurteilung vorbeugen und in der Mehrzahl der Fälle mag er von diesem Ausweg Gebrauch gemacht haben. Es lag also in der Natur dieser Klageformeln und der bonae fidei judicia

1) Gaj. Inst. IV § 103 ff.

überhaupt, daß dem Urteil ausgewichen werden und noch vor Abschluß des Verfahrens eine Befreiung vom Gericht eintreten konnte. Nur bei den actiones de certa re und de certa pecunia mochte auch noch zur Zeit des Formularprozesses ein solches judicium absolutorium als zweifelhaft erscheinen.[2]

Innerhalb der durch die Formel gesteckten Grenzen, hatte der Richter nach eigenem Ermessen und unter eigener Verantwortung das Gesetz und die ihm gleichstehenden Vorschriften anzuwenden, die in der Formel als wesentlich bezeichneten Tatbestände mit freier Beweiswürdigung zu prüfen. Das galt sowohl für die Ansprüche des Klägers in der intentio, als auch für die Gegenrechte des Beklagten aus der exceptio; es war seine Aufgabe, die beiderseitigen Rechtsbehauptungen, selbst wenn sie bewiesen sein sollten, gegeneinander abzuwägen und das Ergebnis daraus zu ziehen. Der Richter hatte die einzelnen Formelteile, die Tatbestandsmomente in den demonstrationes und praescriptiones der bonae fidei judicia im Rahmen der aequitas nachzuprüfen und die Klage abzuweisen, wenn sich hier Abweichungen vom wahren Sachverhalt — falsae demonstrationes — herausstellten. Am weitesten gingen seine Kompetenzen in den judicia divisoria, wo es nicht nur galt bestehendem Recht die notwendige Geltung zu verschaffen, sondern auch neue Rechte ins Leben zu rufen.[3]

2. Die plus petitio: Die Formel schließt ab mit dem Befehl der condemnatio, d. h. den Beklagten zu verurteilen, wenn die klägerischen Behauptungen sich bestätigen, den Kläger abzuweisen, wenn seine Anträge fehlerhaft oder unwahr sind. Gibt die condemnatio auch dem Richter einen alternativen Spielraum, so hängt sie doch nach Inhalt und Umfang völlig von der Klagebehauptung — der intentio — ab und an diesen Rahmen ist auch der Richter gebunden. Wie die intentio in der Formel stand, so hatte der Magistrat sie dem Richter definitiv überantwortet und nachträgliche Korrekturen und Änderungen seitens der Parteien waren im Stadium des judicium nicht mehr zulässig. Andererseits durfte der Richter auch nur die ihm übergebene Klagebehauptung auf ihre Wahrheit hin prüfen, denn die Instruktion der Formel war für ihn bindend. Deckte sich daher die vorgelegte intentio auch nur im Geringsten nicht mit den Tatsachen, so galt sie als unwahr und der Kläger war abzuweisen. Das hatte weitere nachteilige Folgen: nach dem Grundsatz, daß in einer durch die gegebene Formel konsumierten Sache nicht mehr geklagt werden dürfe — bis de eadem re ne sit actio — konnte der Antragsteller sein fehlerhaft vertretenes Recht nun nirgends mehr geltend machen.[4]

2) Diesen reservierten Standpunkt vertraten noch die Prokuljaner, während die Sabinianer schlechtweg erklärten: omnia judicia sunt absolutoria; Gaj. Inst. IV § 114, § 2. J. de perp. et temp. 4, 12.

3) Vgl. oben S. 242.

4) Von der Konsumtion der Klage wurde abgesehen, wenn die intentio der Formel etwas ganz anderes forderte, als vor dem Richter im judicium geltend gemacht war

Die Römer unterschieden vier mögliche Arten der plus petitiones[5] oder Ungenauigkeiten in der Klagebehauptung: Es gab eine plus petitio tempore, wenn ein noch nicht fälliger Anspruch ausgeklagt wurde. Bei der plus petitio loco handelt es sich um die Klageanstellung am unrechten Ort; die plus petitio re betraf eine Überforderung der Sache oder Summe nach,[6] während die plus petitio causa eine Beeinträchtigung der Rechtslage des Beklagten durch ungenaue Formulierung der klägerischen Rechtsbasis bedeutete, z. B. Kläger fordert eine individuell bestimmte Sache an Stelle eines genus und stellt damit das Wahlrecht des Beklagten fälschlich in Abrede.[7]

Es liegt auf der Hand, daß Ungenauigkeiten wie die plus petitiones nur dort gerügt werden konnten, wo eine so bestimmt und unzweideutig formulierte intentio vorlag, daß sich die geringste Abweichung vom wahren Tatbestand zweifellos nachweisen ließ. Dieses war aber nur bei den actiones certae der Fall, da ihr Wesen eben auf der präzisesten Formulierung der klägerischen intentio beruhte. Im Gegensatz hierzu gewährte die intentio incerta Kläger und Richter einen weiten Spielraum für spätere Feststellung des Klageanspruches den wahren Tatsachen entsprechend, ja die Eigentümlichkeit der actiones incertae mit ihrer intentio — „quidquid paret adversarium dare facere oportere“[8] bestand ja zum Teil darin, daß die genaue Formulierung des Klageanspruches in das freiere Verfahren vor dem Richter verlegt werden konnte.[9] Schließlich gab es noch ein universelles Mittel, den Gefahren der plus petitio vorzubeugen:

3. Die interrogatio in jure.[10] Fehlten dem Kläger beim Prozeßbeginn gewisse Kenntnisse von der Person oder den Verhältnissen des Beklagten, deren er zur Präzisierung seines Klageanspruches bedurfte, so wurde es ihm gestattet, noch in jure dem Gegner die betreffenden Fragen vorzulegen und ihre Beantwortung zu verlangen. Die Antwort konnte vom Beklagten nur aus triftigen Gründen — ex justa causa — abgelehnt werden.[11] Verweigerung der Antwort hatte zur Folge, daß die Klage im weitesten Umfang genehmigt wurde.[12] Besonders wichtig war die interrogatio in jure bei der Anstellung der Eigentums- oder Erbschaftsklage, wenn der Kläger nicht sicher war, ob und auf welcher Grundlage Beklagter das Streitobjekt besitze; oder der Erbschaftsgläubiger wußte nicht mit Bestimmt-

— „aliud pro alio“. Hier wurde der Kläger nur abgewiesen, ihm aber anheimgestellt, sich für den im judicium vorgebrachten Anspruch eine neue Formel zu erbitten; vgl. Gaj. Inst. IV § 55.

5) Gaj. Inst. IV § 53.

6) Vgl. Pauli sent I. 10, 1 hier wird statt plus petitio re der Ausdruck plus petendo „summa“ gebraucht.

7) Gaj. Inst. IV § 53d: Causa plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris. . .

8) Gaj. Inst. IV § 54.

9) Vgl. oben § 118, 2.

10) Tit. D. de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus 11, 1.

11) l. 5, 6 § 5, l. 11 § 12 D. h. t. 11, 1.

12) l. 11 § 3—7, l. 17, l. 20 § 1 D. h. t. 11, 1; l. 1 § 15 D. si quadrupes paup. 9 1.

heit, zu welcher Quote die einzelnen Erben die Erbschaft erworben hatten und mithin für ihre Schulden hafteten.[13] Ohne das Hilfsmittel der interrogatio in jure wäre in allen diesen und ähnlichen Fällen eine plus petitio mit ihren gefährlichen Folgen unvermeidlich gewesen.

Drittes Kapitel.

Das römische Aktionensystem in seinem Verhältnis zum materiellen Recht.

§ 120. Persönliche und dingliche Klagen.

Das römische Aktionensystem wurde vorzugsweise durch Magistratsgewalt selbständig ausgebildet und stand dem materiellen Recht völlig unabhängig gegenüber. Das Privatrecht an sich genoß Rechtsschutz nur insofern, als dem fraglichen Rechtsverhältnis eine bestimmte Klage des Aktionensystems entsprach. In ihren Beziehungen zum materiellen Recht unterscheiden wir folgende Arten von Klagen, deren Anfänge sich auf den römischen Prozeß zurückführen lassen.

Die oberste Einteilung der Klagerechte ist in persönliche — actiones in personam — und in dingliche — actiones in rem.[1] Sie wurzelt in der Verschiedenheit der zugrunde liegenden Rechte.

1. Die persönlichen — die Forderungsklagen[2] — gründen sich auf Rechtsverhältnisse, welche nur die Leistung einer Person bezwecken und mit derselben endigen. In der Regel bestimmt schon der Begründungsakt ein- für allemal und namentlich die Person des dereinstigen Beklagten, z. B. das Darlehns- oder das Kaufgeschäft. Es gibt aber auch persönliche Klagen, die man in rem scriptae nennt,[3] bei welchen wechselnde Umstände, z. B. Besitz, auf die Person des Beklagten hinweisen. Hierher gehört namentlich die actio quod metus causa gegen jeden, der etwas infolge einer Erpressung mittelbar erlangt hat, ferner die Teilungsklage und insbesondere die Grenzscheidungsklage. Persönlich sind diese Klagen, weil die Ansprüche aus den ihnen zugrunde liegenden Verhältnissen, z. B. der Erpressung, erledigt sind, wenn sie ihr Ziel erreicht haben.[4]

2. Dingliche Klagen stützen sich auf Rechtsverhältnisse, die einen dauernden Charakter und allgemeinen Bezug haben, so daß sie nicht

13) Diese wichtigsten Fälle sind aufgezählt in l. 1—4. l. 7, 9. l. 12. l. 20 § 1 D. h. t. 11, 1.

1) § 1 J. de act. 4, 6. Gaj. Inst. IV § 1.

2) § 1 J. de act. 4, 6. Gaj. Inst. IV § 2.

3) Wenigstens von der actio quod metus causa sagt Ulpian in der l. 9 § 8 D. h. t. 4, 2 „cum autem haec actio in rem sit scripta". Vgl. Kolkmann, die actio in rem scripta. Göttinger Inaug.-Diss. 1888.

4) Für die actio quod metus causa ist dies klar. Ist die abgezwungene Sache restituiert, so ist der Anspruch aus dem Zwang erloschen. Bezüglich der actio finium regundorum spricht sich besonders deutlich Paulus in der l. 1 D. fin. reg. 10, 1 aus; weniger bestimmt ist § 20 J. de act. 4, 6.

in einer einmaligen Leistung aufgehen. Vorzüglich wird die Eigentumsklage als actio in rem bezeichnet, ferner sind dinglich die Klagen aus dinglichen Rechten an fremden Sachen, insbesondere die Servitutenklagen.

Im weiteren Sinne ist actio in rem jede Klage, die nicht aus einer Obligation[5] entspringt. Vor allem die Erbschaftsklage, ferner Präjudizialklagen, welche Statusrechte zur Anerkennung bringen.[6]

Wesentlich ist, daß die dingliche Klage das zugrunde liegende Recht nicht erschöpft. Wird z. B. einer Eigentumsklage durch Herausgabe der vindizierten Sache Genüge getan, so besteht selbstverständlich das Eigentumsrecht fort und kann zur Grundlage neuer Klagen werden.

§ 121. Strafklagen. Popularklagen.

1. Eine wichtige Unterart der Forderungsklagen waren in Rom die Strafklagen — actiones poenales.[1] Sie entsprangen aus Delikten d. h. besonders verpönten schuldhaften Handlungen, und gaben dem Verletzten gegenüber dem Schuldigen Anspruch auf eine private Geldstrafe. Sie wurden von den Vermögensklagen — actiones quae rem persequuntur — scharf geschieden.

Diese Strafklagen bildeten eine wesentliche Ergänzung des unvollkommenen öffentlichen Strafrechts der Römer.[2] Ihr Hauptzweck, jedoch keineswegs einziger Zweck, war die Strafe.

Man hat zu unterscheiden:

a) reine Strafklagen, welche nur den Zweck der Strafe verfolgen — z. B. die actio furti auf das Doppelte oder Vierfache des Gestohlenen.[3] Zur Rückforderung des Gestohlenen stand daneben die rei vindicatio oder die condictio furtiva offen.

b) gemischte Strafklagen verfolgten Strafe und mit ihr zugleich Ersatz. Dahin gehörte die actio legis Aquiliae wegen Sachbeschädigung.

2. Die Römer kannten noch actiones populares, d. h. Strafklagen, die nicht bloß dem Verletzten, sondern jedem Bürger offen standen, und interdicta popularia, bei welchen gleichfalls jeder Bürger öffentliche Interessen wahren konnte.[4] Sie sind nicht rezipiert. Nach heutigem Rechte kann gewöhnlich nur klagen, wer ein eigenes Interesse an der Sache hat.[5]

---

5) l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7, § 1 und § 2 J. de act. 4, 6.

6) § 13 J. de act. 4, 6. Auf Präjudizialklagen jeder Art läßt sich die Äußerung nicht beziehen.

1) Gaj. Inst. IV §§ 6ff., §§ 16ff. J. de act. 4, 6; Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 103.

2) Öffentliche Strafe wurde in Rom zuerkannt auf Grund der leges, welche quaestiones publicae — s. g. perpetuae — eingerichtet hatten, z. B. der lex Cornelia de falsis, der lex Julia de adulteriis, in der Kaiserzeit auch auf Grund von extraordinaria crimina, z. B. stellionatus wegen Betrugs, expilatae hereditatis wegen Plünderung eines Nachlasses.

3) Savigny nennt diese Strafklagen „zweiseitige", ein Ausdruck, welcher leicht zu Mißverständnissen führen kann.

4) Bruns, Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 341ff., Maschke in der Zeit-

§ 122. Kondiktionen, bonae fidei judicia.

Die besondere Gestaltung der condictiones und bonae fidei judicia beruht auf der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, aber es treten in ihnen Gegensätze hervor, die dauernder Natur sind und sich auch unter ganz verschiedenen historischen Verhältnissen Bahn gebrochen haben.

1. Nach dem Absterben der legis actio per condictionem[1] erhielt sich der Name für die Klagen, welchen jene Form gedient hatte und zwar gab es zwei Arten:

a) die actio certae pecuniae auf Übereignung — dare — bestimmter Geldsummen.

b) die actio de certa re auf Übereignung anderer bestimmter Gegenstände. Ihre Musterformel im prätorischen Album lautete auf Getreide — triticum —; deshalb hieß diese Klage allgemein condictio triticaria.[2]

Diese Klagen waren abstrakt gefaßt, d. h. sie hoben die Schuldgründe nicht besonders hervor,[3] zugleich waren durch Gesetz und Rechtswissenschaft die Kondiktionsfälle fest umgrenzt, nämlich: Stipulation, Literalkontrakt, Legat, lex, Übereignung behufs eines Darlehens oder ohne Rechtsgrund.[4]

Die Kondiktionen traten namentlich prozessualischen Weiterungen entgegen. Vor allem schien die Prozeßverzögerung bei der actio certae pecuniae gefährlich. Denn Geldschulden bilden nicht selten eine Kette, der Gläubiger ist oft Schuldner einer anderen Geldschuld gegenüber einem

---

schrift der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 6 S. 226, Paalzow z. L. v. d. Popularklagen, Berlin 1889, darüber Kipp in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 12 S. 331.

5) Gleichwohl gibt es besondere Fälle, in welchen auch heutzutage, ähnlich wie bei der römischen Popularklage, Nichtbeteiligte klagen können. Siehe § 6 Abs. 1 des Gesetzes über den Schutz des Gebrauchsmusters vom 1. Juni 1891, § 13 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. Juni 1909.

1) Vgl. oben § 116, 5. Über Kondiktionen siehe Savigny Bd. 5 S. 502 ff.; Bekker Aktionen Bd. 1 S. 93 ff.; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Zivilrecht Heft 1; Lenel, edictum perpetuum S. 226 ff.; R. v. Mayr, die condictio des röm. Privatrechtes, 1900. Koschenbahr-Lyskowski, die condictio als Bereicherungsklage im klassisch. röm. Recht. Weimar 1907.

2) Tit. Dig. 13, 3 de condictione triticaria. Stephanus schol. in Bas. XXIV 8, 7 bei Heimbach III S. 43, Lenel a. a. O. S. 232.

3) Den abstrakten Charakter der condictiones hat namentlich Baron a. a. O. verteidigt und Lenel a. a. O. S. 230 festgestellt. Es ist aber dabei zu beachten, daß nach dem prätorischen Edikte der Kläger bei der Klageerhebung in jure die Urkunden edieren mußte, auf welche er sich beim judex berufen wollte, l. 1 § 3 D. de edendo 2, 13 und zwar bei Strafe des Ausschlusses, vgl. l. 1 § 5 D. eod. Die Urkunden waren also wahre Klagebeilagen und bezeichneten in der Regel den Schuldgrund im Verfahren in jure.

4) Vgl. Bekker a. a. O. S. 112. Eine große Rolle spielt die l. 9 pr. D. de rebus creditis 12, 1. Aus ihr lesen viele heraus, die condictio certi sei eine generelle Klage gewesen, die elektiv mit jeder anderen actio in personam konkurrierte, sobald die Forderung ihrem Inhalte nach auf Geld gerichtet und der Kläger bereit war, die Gefahr des certum auf sich zu nehmen. Keller, Zivilprozeß § 88 Anm. 107 und Baron a. a. O. Dagegen Bekker, a. a. O. S. 137. Daß die Stelle interpoliert ist, kann nicht bezweifelt werden; vgl. Lenel a. a. O. S. 228, Pernice in der Zeitschrift der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 13 S. 250, Mitteis in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 153. Übrigens sagt sie nichts anderes als certi condictio sei jede Klage, durch welche „certum petitur". Damit ist die Frage nicht erledigt, in welchen Fällen die Römer ein certum petere annahmen.

Dritten, eine Zahlungsstockung überträgt sich daher oft in weite Kreise. Historisch war hiernach condictio der Name für einseitige Forderungsklagen auf bestimmte Objekte.[5]

In der Kaiserzeit aber gewöhnte man sich, einseitige strenge Klagen auf ein incertum als condictiones incerti zu bezeichnen.[6] Damit verließ man die historische Grundlage. Da der Ausdruck eine sachliche Bedeutung nicht hatte, so trat bald völlige Verwilderung des Sprachgebrauchs ein. Condictio wird schließlich oft identisch mit actio in personam[7] und verliert damit das individuelle Gepräge. Dagegen verwendet der moderne Sprachgebrauch den Ausdruck „Kondiktionen" in einem besonderen Sinne. Man bedient sich seiner zur Bezeichnung außerkontraktlicher persönlicher Klagen wegen eines Vermögensüberganges ohne Rechtsgrund.

2. Klagerechte verschiedener Art erhielten bei der Entwicklung des römischen Rechtes die Eigentümlichkeit von judicia bonae fidei. Im engeren Sinne waren nach ihrer Formel judicia bonae fidei persönliche Klagen aus zweiseitigen Kontrakten, insbesondere Kauf, Miete, Mandat, Gesellschaft, ferner aus Pfandkontrakt, Depositum, Kommodat. Auch die Dotalklage, nicht minder die a. familiae erciscundae und communi dividundo, endlich die hereditatis petitio galten als actiones bonae fidei.[8]

Bei diesen Klagen gab der Zusatz „ex fide bona" oder eine ähnliche Wendung dem Richter die Vollmacht, neben dem Wortlaut der Verträge deren Sinn, neben traditionellen Rechtssätzen die konkrete Natur des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses zu beachten und seines Amtes mit geistiger Freiheit zu walten.

Bei der condictio im engeren Sinne war die rasche Beitreibung der Schuld, bei dem judicium bonae fidei die Erledigung nach Redlichkeit und Billigkeit das Hauptziel des Verfahrens.

---

5) Condictio certi war ursprünglich ein Pleonasmus. Erst seit man auch „incertum" kondizierte, konnte diese Zusammenstellung in Gebrauch kommen. In l. 12 D. de novat. 46, 2 stellt Paulus eine condictio incerti der c. certi gegenüber, doch ist die Stelle wahrscheinlich interpoliert, Pernice, Labeo Bd. 3 S. 204 Anm. 5; in l. 28 § 4 D. de jurejurando 12, 2, l. 17 § 2 D. de act. rer. amot. 25, 2 ist die Rede von certum condicere. Aber als technische Bezeichnung für eine Klageart kommt certi condictio nur in der famosen l. 9 pr. D. de reb. cred. 12, 1 vor, oben Anm. 4.

6) Hieraus erklärt sich die Definition von Gaj. Inst. IV § 5: appellantur . . . in personam actiones quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones. Denn die Klage auf ein certum hatte eine intentio auf dare, die auf incertum eine intentio auf dare facere. Über die condictio incerti vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 3 S. 203, Trampedach in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 17 n. 2, Pflüger das. Bd. 18 n. 3, Mayr a. a. O. § 11.

7) l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7. Ulpianus libro singulari regularum: Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. Daß diese Stelle interpoliert sei, wie Savigny a. a. O. S. 593 unterstellt, ist höchst unwahrscheinlich; sie hat ein durchaus echtes Gepräge. Vgl. auch Mayr a. a. O. S. 140.

8) § 28 J. de act. 4, 6. Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 45; Savigny Bd. 5 S. 461; Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 160. Im justinianischen Rechte steht an der Stelle „actio" bonae fidei, Gradenwitz, Interpolationen S. 105. Vgl. übrigens Gaj. Inst. III §§ 156, 160—162 „actio" mandati.

Beide Gesichtspunkte können praktisch in einen Gegensatz geraten. Für den Verkehr wird dann bei einigen Verhältnissen die Pünktlichkeit, bei anderen die Billigkeit der Entscheidung von größerer Wichtigkeit sein. Die Grenzlinie zwischen judicia bonae fidei und stricti juris[9] aber, wie sie sich in Rom feststellte, hat sich überlebt.

§ 123. Actio simplex und duplex.

1. Die normale Klage — actio simplex — führt nur zur Verurteilung des *Beklagten* oder zur *Klageabweisung*.[1] Der *Kläger* kann also nicht in der Hauptsache verurteilt werden. Nur wegen der Prozeßkosten ist er zu verurteilen, wenn er in der Hauptsache unterliegt; dies auch ohne Antrag.[2]

Dem Beklagten steht jedoch eine Widerklage — mutua petitio — offen, d. h. eine gegen den Kläger während der Verhandlung bei demselben Gerichte und in demselben Verfahren erhobene Klage. Sie setzt Konnexität, d. h. Zusammenhang des Gegenanspruches mit dem Klageanspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln voraus.[3]

2. Die actio duplex ist etwas Außerordentliches. Sie bezweckt die Regulierung eines tatsächlichen Zustandes.[4] Indem der Kläger sie beantragt, fordert er eventuell auch eine ihm ungünstige Entscheidung in der Hauptsache heraus.[5] Solche Klagearten bilden die Provokation auf Teilung gemeinsamer Objekte,[6] welche übrigens heutzutage, soweit es sich nicht um

---

9) Über den Ausdruck actio stricti juris — § 28 J. de act. 4, 6, l. 5 § 4 D. de in litem jurando 12, 3 — vgl. Windscheid Bd. 1 § 46 Anm. 4, Gradenwitz, Interpolationen S. 105. Nach heutigem Recht sind die Geschäfte in der Regel nach bona fides zu beurteilen. Nicht anders BGB. So die herrschende Ansicht und jedenfalls die neuere gemeinrechtliche Praxis. Windscheid hingegen Bd. 1 § 46 Anm. 5 will die römische Grenzlinie zwischen bonae fidei und stricti juris negotia auch für das heutige Recht festhalten. Insbesondere unterstellt er, daß Darlehn auch heute noch ihrem Wesen nach eine strikte Natur hätten. Dies kann aber höchstens für Darlehn ohne weitere Parteiberedung gelten. Die Darlehnsverträge enthalten aber sehr häufig mancherlei Klauseln, die ex fide bona interpretiert werden müssen. Vgl. auch Kipp bei Windscheid a. a. O. Stricti juris sind dagegen die Forderungen aus einem neuen Institut — dem *Wechsel*.

1) Dies fand seinen Ausdruck in der regelmäßigen Fassung der condemnatio: „si paret condemna, si non paret absolve." Gaj. Inst. IV § 43.

2) ZPO. § 308 Abs. 2.

3) Vgl. über die Widerklage Richard Loening in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 4 S. 1 ff. und dagegen Schmidt ebendaselbst S. 375.

4) Vgl. vorzugsweise Eck, die sog. doppelseitigen Klagen 1870, ferner Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 229, Windscheid Bd. 1 § 127 Anm. 2.

5) Im alten römischen Rechte war die hauptsächlichste doppelseitige Klage die Eigentumsklage — die rei vindicatio. Denn an die vindicatio des Klägers schloß sich notwendig die contravindicatio des Beklagten. Der Richter mußte daher entweder den Kläger oder den Beklagten als Eigentümer anerkennen. Diese Eigentumsklage wurde zur Zeit des Formularprozesses durch die einseitige ersetzt. *Eigentumsprozeß und Besitzprozeß waren seitdem getrennt*; vgl. oben S. 228.

6) l. 10 D. fin. reg. 10, 1, l. 44 § 4 D. fam. erc. 10, 2. Über die Formel der actio familiae erciscundae auf Teilung des gemeinsamen Nachlasses und der actio communi dividundo auf Teilung anderer gemeinsamer Objekte vgl. Lenel, edictum S. 200 ff.

streitige Vorfragen handelt, mittels freiwilliger Gerichtsbarkeit erledigt wird, ferner die Grenzscheidungsklage — actio finium regundorum, endlich die Klage auf Erhaltung eines Besitzes — interdicta retinendae possessionis.

Diese doppelseitigen Klagen sollen wo möglich nicht mit dem bloß negativen Resultat der Abweisung des Klägers endigen, sondern zu einer positiven Regulierung der Verhältnisse führen, welche allein den Beteiligten frommt und die selbst im öffentlichen Interesse liegt. Daher kann sich eine Verurteilung des Klägers wie des Beklagten an sie anschließen.

§ 124. Actiones praejudiciales.

Actiones praejudiciales nannten die Römer Klagen, welche ein richterliches Urteil über Rechtsverhältnisse oder Tatsachen forderten, ohne eine Verurteilung des Beklagten zu erstreben. Es bestand nur eine geringe Zahl solcher Klagen. Man stellte mit ihrer Hilfe fest, ob jemand das Kind eines bestimmten Vaters sei, wieviel die Mitgift einer Frau betrage, wer der Patron eines Freigelassenen sei u. a. m.[1] Das praejudicium unterschied sich von den gewöhnlichen Aktionen dadurch, daß es keine condemnatio hatte. Aus diesem Grunde wurden hier zwar auch Einreden zugelassen, nicht aber förmliche exceptiones.

§ 125. Verwandte und konkurrierende Klagen.[1]

Eine Klagekonkurrenz liegt vor, wenn die mehreren Klagen dasselbe Ziel verfolgen. Doch ist daneben die Verwandtschaft zu beachten, die durch denselben Ursprung begründet wird oder in der gleichen Richtung des Zieles liegt.

1. Verschiedene Klagen können einen gemeinsamen Entstehungsgrund haben. Die rechtskräftige Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses hat dann für alle aus diesem Fundamente entspringenden Klagerechte Rechtskraft. An sich hindert aber solche Verwandtschaft nicht, daß jede Klage selbständig und vollständig geltend gemacht werde. Es konnten daher z. B. in Rom die actio furti auf Privatstrafe und die condictio furtiva auf Ersatz des

1) Gaj. Inst. IV. § 44 . . . intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures, l. 3 §§ 2. 3. D. de agnosc. liberis. 25, 3; l. 6 D. si ingen. 40, 14. Die Präjudizialklagen führt auf Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 233, vgl. O. Buelow, de praejudicialibus formulis. Vratislaviae 1860. Den römischen Präjudizialklagen sind die Feststellungsklagen des heutigen Rechts verwandt; sie haben sich aber nicht aus ihnen entwickelt. Die Feststellungsklage erstrebt eine richterliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen, über die Echtheit oder Unechtheit von Urkunden.

1) Savigny Bd. 5 §§ 231 ff., Merkel, über den Konkurs der Aktionen 1877, vgl. auch die bei Merkel S. 2 zitierten Schriftsteller, Helfig, z. L. v. der Konkurrenz der Klagen 1887, Eisele, Klagenkonkurrenz im Archiv für ziv. Praxis Bd. 79 n. 10, Hellwig, Anspruch und Klagrecht §§ 11—15, Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 105.

Wertes des Gestohlenen, die beide aus einem Diebstahl erwuchsen, unabhängig von einander durchgeführt werden.[2]

Die Konsequenz hätte auch in dem in Rom häufigen Fall, daß aus derselben Handlung verschiedene Deliktsklagen auf Strafe entsprangen, die selbständige und vollständige Durchführung aller nebeneinander verlangt. Denn trotz der Einheit des Ursprunges handelte es sich dabei um verschiedene Delikte und um verschiedene Strafen. Aber strafpolitische Erwägungen stellten sich dem entgegen und bestimmten die Römer bei einer Reihe von Strafklagen dazu, eine Absorption durch einmalige Strafleistung anzunehmen.[3]

Mit Unrecht haben viele aus dieser durch eine vernünftige Strafpolitik gebotenen besonderen Behandlung den allgemeinen Grundsatz hergeleitet, daß verschiedene Klagen aus demselben Entstehungsgrund in einem ausschließenden Verhältnis ständen.

2. Verwandtschaft des Zieles haben präparatorische Klagen mit den Hauptklagen, welche sie vorbereiten.[4]

---

2) l. 7 § 1 D. de cond. furt. 13, 1, l. 12 § 1 und 2 C. de furtis 6, 2; vgl. übrigens auch l. 13 § 2 D. de jurejurando 12, 2.

3) Die Römer stritten über das Verhältnis mehrerer Deliktsklagen, die aus derselben Handlung seitens desselben Verletzten begründet werden konnten, z. B. der actio arborum furtim caesarum und der actio legis Aquiliae, der actio legis Aquiliae und der actio injuriarum, der actio vi bonorum raptorum und der actio furti. Vertreten war der Standpunkt der Kumulation, so daß alle Deliktsklagen unbeschränkt geltend gemacht werden konnten, derjenige der Konsumtion, wonach die Anstrengung der einen dieser Klagen die andere aufhob, und endlich der Anrechnung, wonach der Verletzte das, was er mit der einen Deliktsklage beigetrieben hatte, sich auf die andere anrechnen lassen mußte. Nach unserer Ansicht handelte es sich bei dieser Streitfrage um einen Konflikt streng logischer und wissenschaftlicher Auffassung einerseits und praktischer Erwägungen andererseits. Grundsätzlich war es richtig, zu sagen: wenn dieselbe Handlung mehrere Delikte in sich schließt, muß jede Deliktsklage neben der anderen durchgeführt werden können. Dies war die wissenschaftliche Auffassung von Labeo, Papinian, Ulpian, der auch Hermogenian sich anzuschließen scheint, l. 15 § 46 D. de injuriis 47, 10, l. 6 pr. D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5, l. 2 pr. §§ 4, 5, 6 D. de privatis delictis 47, 1, l. 11 § 2 D. de servo corrupto 11, 3 und l. 32 D. de obl. et act. 44, 7. — Diese Behandlung der Sache führte jedoch in vielen Fällen bei der Fülle von zivilen und prätorischen Strafklagen, die sich in Rom kumulieren konnten, zu Härten und übertriebenen Strafen. Daher kam man bei zahlreichen Delikten vom praktischen Standpunkte aus zur Konsumtionstheorie und mehr vermittelnd zur Anrechnungstheorie. Von der letzteren gingen namentlich Paulus l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7 und Modestinus l. 53 D. eod. aus. Die Kumulation hätte den Zwecken der bezüglichen Strafklagen nicht entsprochen. Es ist aber anzunehmen, daß Juristen, welche der Kumulationstheorie huldigten, in einzelnen Fällen doch der Anrechnungstheorie Konzessionen machten, und daß die Vertreter der Anrechnungstheorie bei gewissen Delikten die Kumulationstheorie anerkannten. Der Streit dürfte sich nur um einzelne Delikte, namentlich um die Frage der Kumulation der actio legis Aquiliae und der actio injuriarum gedreht haben. Allseitig verworfen wurde die Konsumtionstheorie, l. 34 pr. D. de obl. et act. 44, 7, l. 60 D. eod., l. 130 D. de R. J. 50, 17. Vgl. Savigny Bd. 5 S. 237 ff., Vangerow Bd. 3 § 572, Merkel a. a. O. S. 57 ff. — Nach heutigem Recht gehen Klagen aus unerlaubten Handlungen nur noch auf Schadenersatz. Hierbei versteht es sich von selbst, daß vollständiger Schadenersatz die sämtlichen Klagen beseitigt.

4) Früher sprach man in derartigen Fällen von sukzessiver Konkurrenz, vgl. hiergegen Savigny a. a. O. S. 211.

Eine derartige Klage ist die actio ad exhibendum.[5] Sie steht demjenigen zu, welcher eine Eigentumsklage oder eine andere dingliche Klage zu haben behauptet und ein Interesse an der Vorweisung der Sache dartut, die er in Anspruch nehmen will.[6] Der Richter hat bei Feststellung des Interesses zu prüfen, ob Kläger das Bestehen des behaupteten Rechtes ernstlich annehmen kann, und ob voraussichtlich die Aufhellung des Sachverhaltes durch die Exhibition gefördert wird. Beklagter ist der Besitzer und Inhaber der Sache; auf das Interesse des Klägers haftet auch, wer den Besitz dolos aufgab, um die Klage zu vereiteln. Gegenstand der Klage ist *Vorweisung* der Sache und deren Ansicht durch den Kläger oder seine Vertreter.[7] Die actio ad exhibendum spielte im römischen Rechte eine große Rolle,[8] heutzutage ist sie wenig in Gebrauch.

Präparatorische Klagen sind auch diejenigen auf Rechnungslegung, z. B. auf Grund eines Mandatsverhältnisses, eines Gesellschaftsvertrages. Das Geschäftsverhältnis muß behufs dieser Klagen dargetan werden, nicht aber, daß etwas aus demselben geschuldet wird. Dies soll sich erst aus der gelegten Rechnung ergeben.

3. Die mehreren Klagen sind *konkurrierende*,[9] wenn sie eine identische Leistung bezwecken, also auf *dasselbe Ziel gehen*, z. B. auf Ersatz desselben Schadens, auf Herausgabe derselben Sache. Alle solche Klagerechte endigen *durch einmalige Befriedigung*.[10]

Bezüglich der prozessualischen Behandlung sind zwei Arten zu unterscheiden.[11]

Die konkurrierenden Klagen erwachsen nämlich zum Teil aus *einem*

---

5) Vgl. Demelius, Die Exhibitionspflicht 1872. Die Formel der actio ad exhibendum hat Lenel, edictum perpetuum, zutreffend restituiert, „wenn auch natürlich nicht für jedes einzelne Wort die Garantie übernommen werden kann": quod As As Stichum hominem ex jure Quiritium suum esse ait. quidquid ut eo nomine recte experiri possit, Ao Ao exhiberi oportet, quod Ns Ns possidet dolove malo ejus factum est, quo minus possideret, si arbitratu tuo Ao Ao non exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.

6) Die a. ad exhibendum, zunächst zur Vorbereitung der Eigentumsklage bestimmt, l. 1. D. ad exhibendum 10, 4, wurde auch zur Vorbereitung anderer dinglicher Klagen gegeben, l. 3 §§ 3 ff. D. eod., desgleichen zur Vorbereitung einer Wahl, l. 3 § 10 D. eod., ferner behufs Geltendmachung gewisser Interdikte und vor Anstellung einer Noxalklage. Andere obligatorische Klagerechte begründen die actio ad exhibendum nicht. Demelius a. a. O. S. 147. Über Exhibition und Gewerbegeheimnis vgl. Kohler, Prozeßr. Forschungen S. 78. Vgl. noch BGB. §§ 809 ff., Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 42.

7) Demelius a. a. O. S. 158 ff.

8) Vgl. l. 9 pr. §§ 1—4 D. ad exhibendum 10, 4, l. 15 D. eod.

9) Die Bezeichnung ist quellenmäßig, l. 43 D. de R. J. 50, 17. Paulus schrieb einen liber de concurrentibus actionibus (daraus entnommen; l. 34 D. de obl. et act. 44 7), vgl. über die Bedeutung des Ausdruckes Merkel a. a. O. S. 1 ff.

10) Der Kläger mußte die actio, welche er wählte, bestimmt bezeichnen. Er konnte nicht mehrere actiones verbinden, auch wenn sie dasselbe Ziel verfolgten. l. 43 D. de R. J. 50, 17: Nemo ex his, qui negant se debere, prohibitur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.

11) Dies hat Eisele a. a. O. erwiesen.

und demselben Tatbestand, es begründet z. B. der Tatbestand einer Erpressung sowohl eine a. quod metus als eine condictio als auch eine a. de dolo.[12] Zum anderen Teil entspringen konkurrierende Klagerechte aus verschiedenen Tatbeständen; der Vermieter kann z. B. Herausgabe seiner Sache auf Grund des Mietvertrages mit der a. locati und auf Grund eines Eigentumserwerbstitels mit der rei vindicatio betreiben.

Die Verschiedenheit beider Arten mußte sich mehrfach geltend machen.

a) Unter den konkurrierenden Klagerechten, welche aus demselben Tatbestand erwuchsen, hatte in Rom der Kläger eines zu erwählen, welches er seiner Klage zu Grunde legte; die Litiskontestation bezüglich desselben konsumierte dann alle konkurrierenden Klagerechte.[13] Doch erhielt sich die konkurrierende Klage, soweit sie auf „Mehr" ging, — denn insoweit bestand keine Konkurrenz.[14]

b) Die auf verschiedenen Tatbeständen beruhenden konkurrierenden Klagen konnten dagegen in Rom wie heutzutage unabhängig von einander bis zu einmaliger Befriedigung erhoben werden. Litiskontestation über das eine Klagerecht konsumierte daher in diesem Falle das konkurrierende in Rom nicht und macht heutzutage dasselbe nicht rechtshängig. Die Abweisung der einen Klage erzeugt also auch keine Rechtskraft bezüglich der auf anderem Fundament beruhenden.

Hat jedoch Kläger mit einer der konkurrierenden Klagen rechtskräftig obgesiegt, so ist die Anstellung der konkurrierenden Klage nur noch möglich in den Fällen, in welchen der Kläger ein Interesse daran hat, aus ihr ein zweites Urteil zu erhalten, z. B. weil das ihr zugrunde liegende Recht Vorzugsrechte oder Pfandsicherheiten besitzt, welche der Klage fehlen, mit der er bereits obgesiegt hat. Wo ein derartiges Interesse nicht besteht, ist die Anstellung der konkurrierenden Klage nach dem Siege mit der zuerst erhobenen nicht mehr zulässig.[15] [16]

---

12) Hellwig a. a. O. § 13: Gesetzeskonkurrenz.

13) Vgl. unter den von Eisele angeführten Stellen namentlich l. 14 § 13 D. quod metus causa 4, 2, l. 38 § 1 D. pro socio 17, 2. l. 34 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

14) l. 47 pr. D. pro socio 17, 2, l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 22 ad edictum: Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id — lies nil — consequatur.

15) l. 18 § 3 D. de pec. const. 13, 5, l. 42 D. pro socio 17, 2, l. 13 D. de rei vind. 6, 1, l. 36 § 2 D. de her. pet. 5. 3.

16) In Rom war dies zwar grundsätzlich nicht anerkannt. Aber derselbe Effekt wurde dadurch erreicht, daß der Richter, welcher bezüglich der einen Klage Recht sprach, erst dann verurteilte, wenn Kläger Kaution leistete, daß er mit der konkurrierenden Klage nicht noch einmal klagen werde. l. 13 D. de rei vind. 6, 1, l. 36 § 2 D. de her. pet. 5. 3. An die Stelle dieser römischen Kaution tritt derzeit der in unserem Texte entwickelte Rechtssatz.

Viertes Kapitel.

Das Urteil über die Streitsache.

§ 126. Formelle und materielle Rechtskraft.

Ziel und normales Ende des Prozesses ist das rechtskräftige Urteil. Man unterscheidet formelle und materielle Rechtskraft. *Formell* rechtskräftig ist das Urteil, wenn es *den anhängigen Prozeß endgültig schließt*. Dasselbe muß also die Streitsache selbst entscheiden und darf nicht mehr durch prozessualische Schritte anfechtbar sein, welche an eine Frist gebunden sind und die Fortsetzung des Prozesses vermitteln. Nicht gehindert wird die Rechtskraft durch die Möglichkeit einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage oder einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Rechtsmittelfrist. Auf diesem Wege kann also nur die *Beseitigung* des rechtskräftig gewordenen Urteils erzielt werden.

Die formelle Rechtskraft ist Vorbedingung der *materiellen*;[1] dies ist die Eigenschaft des Urteiles, *wonach sein Inhalt unter den Parteien Recht schafft*.

Das Urteil bezweckt gewöhnlich nicht, neues Recht zu begründen;[2] es ist vielmehr *authentische Deklaration des bestehenden Rechtes*. Das Urteil z. B. über eine Eigentumsklage zu Gunsten des Klägers bildet keinen neuen *Erwerbstitel*, sondern nur Anerkennung *des im Prozesse geltend gemachten Titels*.[3]

Allerdings stimmt das rechtskräftig Festgestellte nicht immer mit dem materiellen Recht überein. Denn oft fehlen den Parteien die Beweise für ihr Recht; häufig führen sie ihre Sache schlecht; es kann auch der Richter in der Beurteilung irren. Dies alles kommt aber für den Staat nicht mehr in Betracht. Er hat den Parteien das Verfahren eröffnet, um ihre Rechte zu wahren; er gab ihnen Gelegenheit, die Sache gerichtlich prüfen

---

1) Die Literatur über die Rechtskraft des Urteils ist besonders reich. Eingehend behandelt diese Lehre Savigny Bd. 6 S. 267 ff. Vgl. auch die dort angeführten Schriften; des weiteren Pfeiffer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 37 n. 4 und n. 10; Bekker, die prozessualische Konsumtion 1853; Krüger, prozessualische Konsumtion 1864; Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae 1875. Seit Inkrafttreten der ZPO. Freudenstein, die Rechtskraft 1881; Klöppel, die Einrede der Rechtskraft 1882; Planck, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 1887 Bd. 1 S. 254; Sal. Tobler, Gegenstand und Umfang der Rechtskraft. Berliner Inaug.Diss. 1892; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.

2) l. 8 § 4 D. si servitus vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum : . . per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. Es gibt Urteile, welche den Zweck haben, neue Rechtsverhältnisse zu begründen, z. B. die über Teilungsklagen, Ehescheidungsurteile; dies sind besondere Fälle. Vgl. oben S. 242 ff.

3) l. 25 D. de statu hominum 1, 5, Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papiam . . . res judicata pro veritate accipitur. Savigny S. 261 bezeichnet die Rechtskraft als „Fiktion der Wahrheit", eine Formel freilich, die nicht glücklich ist, denn Wahrheit und Fiktion stehen in unversöhnlichem Gegensatze. Vgl. Bülow im Archiv für ziv. Praxis Bd. 62 S. 95; Klöppel a. a. O. S. 61.

zu lassen. Für ihn ist sie durch das rechtskräftige Erkenntnis erledigt; sie ist liquid, d. h. für ihn klargestellt. Denn daß die Rechte durch gerichtliches Erkenntnis zur Unanfechtbarkeit gelangen können, ist von höchster Bedeutung für die bürgerliche Gesellschaft. Dieser Vorteil läßt sich aber nur dadurch erkaufen, daß unter Umständen auch ein unrichtiger Spruch unanfechtbar wird.

Das verurteilende rechtskräftige Erkenntnis verleiht dem Rechte des Klägers noch andere Eigenschaften. Es begründet dessen Vollstreckbarkeit.[4] Auch werden durch die rechtskräftige Verurteilung an und für sich unverzinsliche Ansprüche verzinslich.[5] Kurz verjährbare Rechte ferner unterliegen nach der Verurteilung der Verjährung von 30 Jahren.

Verurteilende wie absolutorische Erkenntnisse begründen die exceptio rei judicatae.

§ 127. Die exceptio rei judicatae.

1. Man unterscheidet eine negative und eine positive Funktion der exceptio rei judicatae.[1] In ihrer negativen Funktion beruft sie sich auf das Dasein eines früheren Urteiles über die Sache, um die Erneuerung des Streites auszuschließen, in ihrer positiven Funktion bringt sie den Inhalt des früheren Urteiles zur Geltung.

2. Die römische exceptio rei judicatae war grundsätzlich negativer Funktion. Die Römer gingen von dem Satze aus, daß über dieselbe Streitsache nicht zweimal gestritten werden solle. Die einmal angestellte Klage verbrauchte — konsumierte — den eingeklagten Rechtsanspruch. Er war im Anspruch auf Verurteilung des Beklagten im anhängigen Prozesse aufgegangen. Siegte der Kläger, so hatte er die actio judicati und bedurfte einer Klage aus dem zugrunde liegenden Rechte in der Regel nicht mehr; war er abgewiesen, so sollte die Abweisung eine endgültige sein.[2] Dementsprechend lautete die exceptio rei judicatae zur Zeit des Formularprozesses: si ea res q. d. a. judicata vel in judicium deducta non est inter Am Am et Nm Nm. Im Grunde schnitt schon

4) Die Römer sprechen von einer obligatio, quae ex causa judicati descendit, l, 4 § 7 D. de re judicata 42, 1, die judicati actio erwähnt l. 4 § 2 D. eod.

5) l. 3 D. de usuris et fruct. 22, 1 l. 13 C. de usuris 4, 32. Gemäß dem justinianischen Rechte hatte der Beklagte nach dem Urteile 4 Monate lang keine Zinsen zu zahlen, später liefen 12 %.

1) Diese Ausdrücke hat Keller in „Litiskontestation und Urteil" gewählt, und sie sind eingebürgert. Keller hebt S. 223 hervor: „Wenn wir von verschiedenen Funktionen der exc. rei judicatae sprechen, so kann das natürlich nicht in Beziehung auf die endliche Wirkung, den Erfolg der Einrede geschehen, denn dieser ist bei allen Exzeptionen immer derselbe, nämlich Abweisung der Klage; wohl aber kann eine bestimmte Exzeption bald aus diesem, bald aus jenem Grunde erteilt werden — also bald bloß zum Zweck der Zerstörung, der Konsumtion, bald zur Geltendmachung des positiven Inhaltes des Urteiles."

2) Alter Rechtsspruch war: bis de eadem re ne sit actio, vgl. Bekker, Konsumtion § 4; Krüger, Konsumtion § 1. Die legis actiones konsumierten hiernach den früheren Anspruch ipso jure; in der Zeit des Formularprozesses trat die Konsumtion ipso jure nur bei den actiones in personam legitimo judicio ein, bei anderen Klagen aber ope exceptionis, Gaj. Inst. III § 180, IV § 106.

die Litiskonteſtation — res in judicium deducta — jede Erneuerung der Klage ab. Die Berufung auf die Aburteilung war ſtreng juriſtiſch nach klaſſiſchem Rechte nicht einmal notwendig. Indeſſen praktiſch ſtützte ſich der Beklagte, wenn die Sache einmal abgeurteilt war, lieber auf das Urteil, deſſen Urkunde ſich auch ohne Zweifel länger erhielt als andere Prozeßſchriftſtücke. Berufung auf das Urteil war notwendig, falls die Sache nicht eingeklagt und dennoch abgeurteilt war, z. B. wenn der Richter eine vom Beklagten zur Kompenſation vorgeſchützte Gegenforderung als nichtbeſtehend zurückgewieſen hatte.[3]

Im juſtinianiſchen Rechte geſchah die Konſumtion nicht mehr durch die Litiskonteſtation, ſie iſt hier Folge des Urteiles.

3. Man ſtreitet darüber, ob die exceptio rei judicatae in Rom auch eine poſitive Funktion annahm, ob ſie alſo einen Doppelcharakter gewann?[4] Grundſätzlich blieb ſie Organ der Konſumtion, aber in Einzelfällen hat man dem praktiſchen Bedürfnis und der Billigkeit nachgegeben und den Inhalt des früheren Urteiles zur Geltung gebracht. Hiernach milderte man einerſeits Härten, die ſich aus der negativen Funktion der exceptio rei judicatae ergaben,[5] und gewährte die exceptio andererſeits auch in Fällen, in welchen es ſich nicht einfach um die Wiederholung einer früheren Klage handelte.[6]

4. Die Hauptfrage war, wann liegt Identität der Streitſachen — eadem res — vor?

Zunächſt hielt man ſich an die Geſtalt der actio. War dasſelbe Objekt früher eingeklagt und zwar mit der gleichen Klage, ſo war eadem res offenſichtlich. Aber daß dies nicht ausreichte, muß früh klar geworden ſein. Denn nach der Entwicklung des Aktionenſyſtems wurde es möglich, daß derſelbe Anſpruch durch verſchiedene Klagen zur Geltung gebracht werden

3) Keller, Litiskonteſtation S. 209, und auch die ſpäteren Schriftſteller nahmen an, es habe zwei Exzeptionen gegeben, nämlich rei in judicium deductae und rei judicatae. Mit Recht hat aber Lenel, edictum perpetuum Aufl. 1 S. 404, bemerkt, daß Gajus ſtets nur von einer exceptio zu melden weiß, vgl. Gaj. Inst. III § 181, IV §§ 106, 107, 121. Dagegen freilich Eiſele, Abh. zum röm. Zivilprozeß S. 4.

4) Keller, Litiskonteſtation §§ 28 ff., verteidigte die Anſicht, daß die exceptio rei judicatae die beiden Funktionen im klaſſiſchen Rechte vereinigte. So auch Savigny Bd. 6 S. 20 ff. Dagegen hat Bekker, die prozeſſualiſche Konſumtion 1853, ausgeführt, daß die exceptio rei judicatae nur eine negative Funktion im römiſchen Rechte gehabt habe, vgl. auch Dernburg, Heidelberger krit. Zeitſchr. Bd. 2 S. 347, Preuß. Privatr. Bd. 1 § 136; Brinz Bd. 1 S. 319; Bekker, Zeitſchr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 21 S. 339. Andererſeits ſiehe Windſcheid, actio § 10; Krüger S. 136; Rümelin a. a. O.

5) Die allgemeine Betrachtung von Paulus, libro 70 ad edictum, l. 6 D. de exc. rei jud. 44, 2, ruht auf der Idee der Konſumtion; Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est. Ob parere hier gleich apparere, d. h. ſie kommt oft zum Vorſchein, ſteht, oder parēre bedeutet, es wird eine exceptio erzeugt, iſt beſtritten.

6) Reſtitution erwähnt l. 2, l. 11 pr. D. de exc. rei jud. 44, 2, Replikation l. 24 D. eod. Eingehende Unterſuchungen in dieſer Hinſicht gibt Keller a. a. O. §§ 57 ff.

konnte. Andererseits war häufig für ganz verschiedene Ansprüche die actio gleichlautend.[7]

Julian betrachtete daher als entscheidend, ob dieselbe Frage — quaestio — Gegenstand des späteren Prozesses wie des früheren sei.[8] Eine präzise Formulierung dessen, was er sich unter der „gleichen Frage" dachte, hat er indessen nicht versucht. Die allgemeine Wendung ließ die Sache im Dunkeln. Spätere erklärten, es müsse sich um dasselbe Recht und um dasselbe Objekt handeln.[9] Im einzelnen folgte man einem gewissen praktischen Gefühl; an Streitfragen fehlte es nicht.

Übereinstimmend unterschied man zwischen dinglichen und persönlichen Klagen.

a) Bei den dinglichen Klagen legte man für die Regel das Hauptgewicht auf die Identität des Streitobjektes und der Klage.[10] Die Verschiedenheit des Erwerbsgrundes wurde nicht in Betracht gezogen.[11] Wenn aber der früher abgewiesene Eigentumskläger später das Eigentum erwarb, so konnte er, gestützt auf den neuen Erwerbsgrund, die früher vindizierte Sache wiederum vindizieren.[12] War ferner der Eigentumskläger abgewiesen, weil der Beklagte nicht besaß, so konnte er auf das Neue vindizieren, wenn dieser später den Besitz der Sache erlangte.[13] Hatte endlich der Kläger „expressa causa", z. B. auf Grund einer Spezifikation, ausdrücklich vindiziert und war abgewiesen, so durfte er die Vindikation, gestützt auf andere Erwerbsgründe, z. B. ein Legat, erneuern.

b) Die Identität der persönlichen Klagen bemaß man dagegen an erster Stelle nach der Identität des Entstehungsgrundes — der causa.[14] Auch dasselbe Klageobjekt sollte vorhanden sein; allzu genau nahm man es mit der Identität des Objektes nicht.[15]

§ 128. Wirkung des Urteils für und gegen Dritte.

Das Urteil wirkt nur für und gegen die Prozeßparteien, welche

---

7) Vgl. l. 8, l. 11 § 3, l. 26 § 1 D. h. t. 44, 2.

8) l. 3 D. h. t. 44, 2, l. 7 § 4 D. eod., vgl. auch l. 30 D. eod. Es handelte sich für Julian vorzugsweise darum, daß es auf dasselbe genus judicii nicht ankomme; es genüge, meinte er, daß in den beiden Prozessen um dieselbe Frage gestritten werde. Eine grundsätzliche Anerkennung der positiven Funktion der Rechtskraft, die namentlich Savigny S. 417 ff. hier sucht, ist unseres Ermessens in Julians Ausspruch nicht zu finden. Derselbe ist nur nach der negativen Seite bestimmt; positiv gibt seine Antwort wenig. Denn das ist eben die Frage, wann man anzunehmen hat, es handle sich in beiden Prozessen um dieselbe „quaestio."

9) l. 12 D. h. t. Paulus libro 70 ad edictum: Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit, l. 13 Ulpianus libro 75 ad edictum: quantitas eadem, idem jus.

10) Vgl. hierüber namentlich l. 7 D. h. t. 44, 2.

11) l. 11 pr. § 1, § 5 D. h. t. 44, 2, l. 30 pr. D. eod.

12) l. 11 § 4 D. h. t. 44, 2.

13) l. 9 pr., l. 17, l. 18 D. h. t.

14) l. 14 § 2 D. h. t.

15) l. 14 pr. D. h. t., vgl. auch l. 25 § 1 D. eod.

den Ausgang der Verhandlung mitbestimmen konnten.[1] Dritten schadet und nützt es in der Regel nicht.[2 3] Es wirkt jedoch über die Parteien hinaus:

a) im Falle einer Rechtsnachfolge. Und zwar hat es unbedingt Rechtskraft für und gegen Universalsukzessoren der Parteien.[4] Für und gegen ihre Singularsukzessoren wirkt es nur, wenn dieselben nach dem Beginn des Prozesses sukzedierten.[5]

b) Die Gutheißung einer fremden Prozeßführung über unsere Sache bindet uns an das auf Grund derselben erfolgte Urteil. Solche Gutheißung wird unter anderem in der wissentlichen Duldung der fremden Prozeßführung über eine Streitsache zu finden sein, die uns in erster Linie angeht.[6]

c) Das Urteil macht Recht für und gegen jedermann in Fällen, in welchen eine allgemein gültige Entscheidung über die Streitsache im öffentlichen Interesse liegt. Dies ist bei gewissen Statutsprozessen der Fall.[7] Es hat insbesondere das dem angeblichen Vater gegenüber gefällte Urteil über die Legitimität oder Illegitimität eines Kindes Rechts-

---

1) Vgl. über dies Erfordernis der s. g. subjektiven Identität Savigny Bd. 6 S. 466; Binder, die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, 1895; Fischer in Iherings Jahrb. Bd. 40 n. 5; Wach und Laband, zur Lehre von der Rechtskraft 1899; A. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 1901 S. 303 ff.; vor allem aber Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.

2) l. 2 C. quibus res judicata non nocet 7, 56 Imp. Gordianus: Res inter alios judicatae neque emolumentum adferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent inrogare, ideoque nepti tuae praejudicare non potest, quod adversus coheredem ejus judicatum est, si nihil adversus ipsam statutum est. l. 1 D. de exc. rei judicatae 44, 2, l. 22 D. eod. Strafrechtliche Urteile haben keine bindende Kraft für den Zivilrichter, Einführungsgesetz zur ZPO. § 14 Ziff. 1. Aber sie können dessen Überzeugung bestimmen.

3) Urteile, die für und gegen Vertreter gefällt sind, machen Rechtskraft für und gegen die Vertretenen. Dies gilt namentlich auch hinsichtlich gesetzlicher Vertretungen. Vgl. Hellwig § 4. Es gehören hierher Prozesse der Gemeinden wegen der Rechte und Pflichten, die Gemeindegenossen als solche haben, oben § 49 Anm. 10.

4) l. 28 D. h. t. 44, 2. Papinianus libro 27 quaestionum: Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est, l. 9 § 2, l. 11 § 3, 9 D. h. t., l. 3 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

5) Savigny Bd. 6 S. 270, vgl. Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 3, behauptete, es sei vorausgesetzt, daß das Urteil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege. Daß es aber darauf ankommt, ob der Erwerb vor oder nach der Klageerhebung geschah, bezeugt Ulpianus libro 75 ad edictum l. 11 § 10 D. h. t. 44, 2. Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pigneraticia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem antequam peteret, non oportet ei nocere exceptionem: nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pigneraticiam actionem. sed si posteaquam petit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei judicatae. Unerheblich ist, was Windscheid a. a. O. hiergegen vorbringt. Die l. 29 § 1 D. eod. Papinianus libro 11 responsorum steht hiermit nicht in Widerspruch, denn in dem entschiedenen Falle war das Pfandrecht gleichfalls vor dem Prozesse, welcher für den Verpfänder ungünstig ablief, bestellt; höchstens ist die Motivierung im Schlußsatz cum pignoris conventio sententiam praecesserit nicht ganz scharf. Die Streitfrage ist nunmehr durch § 325 ZPO. zugunsten der hier vertretenen Auffassung erledigt.

6) l. 63 D. de re judicata 42, 1. Siehe hierüber Freudentheil im Archiv für ziv. Praxis Bd. 42 n. 5, Binding ebendaselbst Bd. 47 n. 13, Binder a. a. O. §§ 8 ff., Hellwig a. a. O. § 67.

7) Savigny Bd. 6 S. 472 ff

kraft für und gegen jeden.[8] Das Gleiche gilt für das unter Ehegatten über die Gültigkeit der Ehe gefällte Urteil.[9]

d) Die Eigenschaft als Erbe, welche er im Prozeß mit anderen Erbschaftsprätendenten rechtskräftig erstritten hat, kann der Sieger Gläubigern und Vermächtnisnehmern gegenüber nicht verleugnen, wenn diese, gestützt auf jenes Urteil, ihn als ihren Schuldner in Anspruch nehmen.[10] [11]

Fünftes Kapitel.

Endigung des Klagerechts.

I. Die Klagenverjährung.

§ 129. Die Verjährung im allgemeinen.[1]

1. Die Verjährung befestigt lange bestehende Verhältnisse. Die Zeit erhebt sie zu Rechten oder tilgt wenigstens entgegenstehende Rechte.

Das Recht wiegt schwerer in der Wage der Gerechtigkeit als der bloß tatsächliche Zustand, aber das Zünglein neigt sich auf die Seite des letzteren, wenn das Gewicht der Jahre hinzutritt. Verhältnisse, welche lange Zeit unangefochten bestanden, werden für die Lebensbeziehungen maßgebend, und sollen sie trotzdem auf dem Wege Rechtens beseitigt werden, so entstehen Störungen. Mit Grund fordert man daher, daß sich die Rechte im Leben bewähren und gegen Verletzung reagieren. Was tatsächlich seit langem abgetan ist, gilt auch rechtlich als zum Untergange reif.

Die Verjährung bezweckt also den Schutz der Gegenwart gegenüber der Vergangenheit.[2]

---

8) l. 1 § 16, l. 2 D. de agnosc. liberis 25, 3, vgl. ferner l. 25 D. de statu hominum 1. 5. Wer aber die Vaterschaft für sich selbst in Anspruch nimmt, wird durch die Entscheidung in dem früheren Prozesse, an dem er nicht Teil nahm, nicht berührt, Regelsberger Bd. 1 § 198 Anm. 4. Vgl. ZPO. §§ 640, 643.

9) ZPO. § 629.

10) l. 50 § 1 D. de legatis I.

11) Der Umstand, daß ein Recht mehreren ungeteilt zusteht oder mehrere zusammen verbindet, bewirkt keineswegs notwendig, daß der Prozeß, welchen einer der Gemeinschafter führt, Rechtskraft für oder gegen die anderen Beteiligten habe.

1) Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre, 2 Bände, 1. Aufl. 1828, 2. Aufl. neu bearbeitet von Schirmer 1858. Dort findet sich Bd. 1 S. 17 Angabe der älteren Literatur. Savigny Bd. 4 §§ 178, 199, Bd. 5 §§ 237 ff. — Bei den Römern bedeutete praescriptio eine Einrede, insbesondere die Einrede der Verjährung, „praescribere" daher auch „verjähren"; Fitting, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 9 S. 934, Bd. 14 S. 259. Seit dem Mittelalter wurde praescriptio der technische Ausdruck für Verjährung.

2) Papinian bezeichnet die Verjährung der Statusklagen als „publica tutela". l. 2 § 1 D. ne de statu defunctorum 40, 15. Ähnlich Cassiodor var. V. 37: tricennalis autem humano generi patrona praescriptio. Die Ersitzung nennt Cicero pro Caecina cap. 26: finis sollicitudinis ac periculi litium.

Nicht jedes Verhältnis aber ist der rechtlichen Befestigung durch Zeitablauf fähig oder bedürftig[3] und der Konflikt, um den es sich hier handelt, endigt bald rascher und leichter, bald später und schwerer mit dem Siege des bestehenden Zustandes. Daher gibt es kein einheitliches Verjährungsinstitut, wie solches seit dem Mittelalter bis in die neuere Zeit hinein angenommen wurde. Vielmehr bestehen nur einzelne Arten der Verjährung, in welchen sich die Verjährungsidee in sehr verschiedener Weise äußert.[4]

2. Die Verjährungsinstitute ordnen sich zwei Hauptklassen unter, nämlich der erwerbenden Verjährung — praescriptio acquisitiva — und der erlöschenden Verjährung — praescriptio exstinctiva.[5]

a) Die erwerbende Verjährung erhebt tatsächlich bestehende Zustände zu Rechten. Ihr Hauptfall ist die Ersitzung des Eigentumes — usucapio — d. h. Erwerb des Eigentumes durch lange Zeit fortgesetzten Besitz, den man gutgläubig erlangt hat.[6] Die Ersitzung ist erwerbende Verjährung, weil sie Eigentum schafft. Allerdings erlischt gleichzeitig das Recht des bisherigen Eigentümers, dies gilt indessen nur als die Kehrseite beim Eintritte des neuen Eigentümers.

Auch Servituten, Superfizies und Emphyteusis werden durch Ersitzung begründet. Aus dieser Art der Ersitzung folgt kein Untergang von Rechten, vielmehr tritt nur eine Beschränkung des Eigentums an derjenigen Sache ein, an welcher das dingliche Recht ersessen wird.

b) Die erlöschende Verjährung tilgt Rechte, welche nicht ausgeübt wurden. Es endigen namentlich Servituten durch Nichtgebrauch — non usus. Das Eigentum an der bisher dienenden Sache wird hierdurch verstärkt; ein neues Recht entsteht nicht.

Von allgemeiner Bedeutung ist die Klagenverjährung d. h. das Erlöschen der Klagerechte durch Nichtanstellung der Klage während der Verjährungszeit. Die Lage des Schuldners wird durch diese Verjährung verbessert; er erwirbt aber nur eine Exzeption, also ein negatives Recht auf Abwehr, keine positive Berechtigung, wie der Ersitzende.

3. Die erwerbende Verjährung begründet einen neuen Erwerbstitel, welcher dem Ersitzenden im Augenblicke der Vollendung der Ersitzung erwächst. Es gibt daneben eine besondere Art von Verjährung, welche nur die Vermutung zuläßt, daß das lange Zeit Geübte in ferner Vorzeit rechtlich begründet wurde. Dies ist die unvordenkliche Verjährung.[7] Da die Zahl der Jahre, binnen deren sie sich vollzieht, nicht

3) Insbesondere sind die sog. res merae facultatis der Verjährung nicht fähig. Man versteht hierunter Betätigungen der natürlichen und bürgerlichen Freiheit, z. B. Wohnen an einem Orte, Gewerbebetrieb. Vgl. Unterholzner Bd. 1 S. 88.

4) Dies hat namentlich Savigny Bd. 4 § 178 eindringlich hervorgehoben. Vgl. aber auch Windscheid Bd. 1 § 105 Anm. 6.

5) Die Ausdrücke sind dem römischen Rechte fremd, aber eingebürgert und nicht zu entbehren.

6) l. 3 D. de usurpat. et usucap. 41, 3.

7) Siehe unten Sachenrecht im Anschluß an die Lehre von der Ersitzung.

fest bestimmt ist, nennt man sie praescriptio indefinita im Gegensatz zu den anderen Arten der Verjährung mit gesetzlich bestimmter Zeit.

4. Von der Verjährung ist die Befristung[8] zu unterscheiden. Das befristete Recht erhält von seiner Begründung an eine zeitliche Begrenzung; es wird nur für eine bestimmte Zeitspanne geschaffen, mit deren Ablauf es von Gesetzes wegen erlischt. Die Verjährung dagegen tritt Rechten entgegen, die an sich zeitlich nicht beschränkt sind, und in unbestimmte Zeit hinein wirken sollen, denen aber die Verjährungseinrede den Lebensfaden abschneidet.[9]

§ 130. Entwicklung und Begriff der Klagenverjährung.

I. Die umfassendste Verjährung ist die der Klagerechte. Sie gelangte in Rom zu voller Geltung erst seit der christlichen Kaiserzeit.[1]

1. Nach älterem römischen Rechte waren die dem Zivilrechte entstammenden Klagen unverjährbar — perpetuae.[2] Die Zeit konnte ihnen nichts anhaben; starre Konservierung einmal begründeter Rechte ohne Rücksicht auf ihre Nützlichkeit ist ein Charakterzug dieser früheren Epoche.[3]

Kurz verjährbar — temporales — waren dagegen aus praktischen Gründen die meisten prätorischen[4] und sämtliche ädilizischen Klagen. Das gilt namentlich von den prätorischen Strafklagen; denn die Strafe muß der Tat auf dem Fuße folgen, wenn sie dem Rechtsgefühl entsprechen soll, es sei denn, daß es sich um besonders schwere Vergehen handelt, die nicht leicht vergessen werden.[5 6]

8) Anderer Ansicht Hölder, Pand. § 38 A. 1.

9) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung 1880, Schwalbach in Iherings Jahrb. Bd. 20 n. 6. Gesetzliche Fristen sind unter anderem die prozessualischen, insbesondere die Berufungsfristen. Das BGB. kennt zahlreiche Befristungen.

1) Zur Geschichte der Klagenverjährung vgl. namentlich Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Zivilrecht 1856.

2) Eine Ausnahme machte die lex Furia. Nach ihr wurden Sponsionsbürgen und fidepromissores mit Ablauf von 2 Jahren von ihrer Bürgschaftsschuld befreit. Gaj. Inst. III § 121. Dies Gesetz beruhte auf besonderen politischen und sozialen Erwägungen. Vgl. übrigens l. 4 D. de div. temp. praescr. 44, 3 und l. 25 D. de stip. serv. 45, 3.

3) An die Seite zu stellen ist das Vindikationsrecht des Eigentümers auch gegenüber gutgläubigen Erwerbern vom Nichteigentümer.

4) pr. J. de perpetuis 4, 12 . . . eas vero, quae ex propria praetoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium. Die letztere Bemerkung besagt nur, „diese Klagen sind ephemer, da sie von einer ephemeren Gewalt ausgehen". Daß die Klagen mit dem Amtsjahre des Prätors verjährten, wird nicht gesagt und wäre unrichtig. Vgl. aber Ubbelohde tempus utile S. 34 ff., gegen ihn Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 103 S. 978.

5) Die prätorische actio furti manifesti auf das Vierfache des Gestohlenen war unverjährbar, da sie an Stelle der zivilen Kapitalstrafe trat, also ohnehin eine erhebliche Milderung enthielt. Gaj. Inst. IV § 111. Eine kurze Verjährbarkeit dieser Klage hätte überdies das Rechtsgefühl verletzt, pr. J. de perpetuis et temporalibus actionibus 4, 12.

6) Die Form der prätorischen Edikte — in anno judicium dabo — legt die Annahme nahe, daß die actiones temporales „befristet", nicht „verjährbar" waren, vgl. oben § 129 Anm. 9. Die Klage wäre hiernach nur für bestimmte Zeit versprochen, nach deren Ablauf schlechthin unzulässig gewesen. Vgl. H. Fick, quid intersit quoad

Die klassische Kaiserzeit unterwarf der Verjährung auch einige zivilrechtliche Klagen. Eine der Verjährung ähnliche Wirkung ergab sich daraus, daß nach Ablauf von 5 Jahren vom Tode eines in der Freiheit Verstorbenen die Anfechtung dieser Freiheit unzulässig wurde;[7] ferner verjährte die querela inofficiosi testamenti in fünf[8] und Klagen aus besonderen fiskalischen Rechten nach zwanzig Jahren.[9]

2. Im Jahre 424 führten die Kaiser Honorius und Theodosius II. die allgemeine Klagenverjährung ein.[10] Rechte, welche eine Generation hindurch nicht geltend gemacht waren, sollten die Ruhe der Gegenwart nicht stören,[11] dem nachlässigen Gläubiger durfte kein Schutz zuteil werden.[12] Hiernach verjährten die actiones perpetuae in dreißig Jahren; die kürzeren Verjährungen blieben unberührt. Nur Vermögensklagen unterstanden dieser Verjährung.[13 14 15]

Vereinbarungen, welche die Klagenverjährung bei einem Rechtsverhältnis im voraus ausschlossen, waren *nichtig*,[16] Verzichte auf eine bereits erworbene Einrede der Klagenverjährung dagegen zulässig.

II. Die Voraussetzungen der Klagenverjährung, d. h. des Unterganges des Klagerechts wegen Nichtgeltendmachung innerhalb der gesetzlichen Zeit, sind folgende:

1. *Entstehung des Klagerechts*;
2. *Ablauf der Zeit*;
3. *Nichtunterbrechung*;
4. *Bona fides* dessen, dem die Verjährung zugute kommt, des sog. Präskribenten.

---

vim temporis in jus exercitam inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones, Marburg 1847, Demelius a. a. O. und Brinz Bd. 1 § 112. Es mag dies der ursprüngliche Gedanke des Ediktes gewesen sein. Nach Lenel, edictum S. 485, war die exceptio annalis „ständiger" Formelzusatz. Die Ausbildung durch Jurisprudenz und Praxis geschah jedoch in der Weise einer Klagenverjährung. Man gab dem Beklagten die „exceptio temporis", eine „praescriptio", l. 30 § 5 D. de peculio 15, 1, l. 1 § 10 D. quando de peculio 15, 2, l. 48 § 2 D. de aedilicio edicto 21, 1.

7) l. 3 D. ne de statu defunctorum 40, 15, l. 2 § 2 D. eod.

8) l. 8 § 17, l. 9 D. de inofficioso testamento 5, 2.

9) l. 13 pr. D. de diversis temp. praescr. 44, 3.

10) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39, vgl. l. un. C. Theod. de actionibus certo tempore finiendis 4, 14.

11) nov. Valentiniani tit. XXXVI § 3 . . . lex patris, qua humano generi profunda quiete prospexit.

12) l. un. § 5 C. Theod. de actionibus 4, 14, „otioso nimis ac desidi", l. 1, l. 2, l. 3 C. de annali exceptione 7, 40.

13) Klagen auf Anerkennung eines Namens, eines Familienverhältnisses verjähren nicht. Hellmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 84 S. 130. Vgl. BGB. § 194 Abs. 2.

14) Der Anspruch auf Teilung einer Gemeinschaft verjährt nicht, solange sich die Teilhaber als Mitberechtigte gegenseitig anerkennen. Hiervon abgesehen verjähren auch die Teilungsklagen, l. 1 § 1d C. de annali exceptione 7, 40, l. 3 C. fin. reg. 3, 39.

15) Die Ausnahmen des römischen Rechts galten schon im gemeinen Recht nicht mehr; so l. 3 C. de longi temp. praescr. quae pro libertate 7, 22, l. 5 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 l. 23 pr. C. de agricolis 11, 48.

16) Ausdrücklich ist dies in den Quellen nicht gesagt. Es entspricht aber ihrem Sinne, daß keine Vermögensklage der Schlinge der Verjährung entzogen werden kann,

§ 131. Die Voraussetzungen der Klagenverjährung.

I. Die Entstehung des Klagerechts; mit ihr — der act nata — beginnt der Lauf der Verjährung.[1]

1. Der Beginn der Verjährung persönlicher und dinglicher Klagen bestimmt sich nach verschiedenen Gesichtspunkten.

a) Persönliche Klagerechte verjähren von der Fälligkeit der Forderung an, welche bei unbedingten und unbetagten Forderungen mit ihrer Begründung, bei betagten mit Eintritt des Termins, bei bedingten mit Erfüllung der Bedingung eintritt.[2]

Streitig ist der Beginn des Klagerechts bei Darlehen, über deren Rückzahlungszeit nichts vereinbart wurde. In der Tat ist die Darlehnsklage von dieser Übereinkunft nicht abhängig, sie erwächst dem Gläubiger vielmehr mit dem Vertragsschluß.[3] Man wendet ein, der Gläubiger sei durch die Nichtleistung in jenem Augenblick keinesfalls verletzt. Aber Verletzung ist nicht erforderlich; es genügt, daß ein gegenwärtiger rechtlicher Anspruch auf Erfüllung besteht, dem nicht Genüge geleistet ist.[4]

Bestritten ist ferner der Beginn der Klagenverjährung bei Forderungen, die „nach Kündigung" zahlbar sind.[5] Die Hervorhebung der Rückzahlbarkeit nach Kündigung soll aber nur betonen, daß das Darlehen nicht auf bestimmte Zeit gegeben wird, daß es vielmehr beliebig zurückgefordert werden kann. Es besteht also kein sachlicher Unterschied zwischen einem Darlehen auf Kündigung und einem solchen ohne Vereinbarung über die Rückzahlungszeit.[6] Die Verjährung läuft deshalb vom Abschluß des Darlehnsgeschäftes an, auch wenn Rückzahlung nach Kündigung vereinbart ist.

Noch zweifelhafter ist der Beginn der Verjährung bei Forderungen, die nach Ab-

---

vgl. l. 4 C. de praescriptione XXX ann. 7, 39. Die Nichtigkeit der Verträge über Unverjährbarkeit eines Rechtsverhältnisses wird auch seit Savigny Bd. 5 S. 411 allgemein anerkannt. Vgl. Grawein a. a. O. S. 135 ff.

1) l. 3 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Quae ergo ante non motae sunt actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. l. 1 § 1d C. de annali exceptione 7, 40 „ex quo ab initio competit et semel nata est". Vgl. BGB. § 198: „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung."

2) l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Imp. Justinus. Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua condicione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post condicionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones triginta aut quadraginta annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt.

3) Vgl. namentlich Vangerow: Von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehnsklage? im Archiv für civ. Praxis Bd. 33 n. 12, l. 94 § 1 D. de solut. 46, 3.

4) Demelius, Untersuchungen n. 2 S. 111 ff. RG. Bd. 15 S. 178. Auch die Klage aus einem Depositum entspringt vom Augenblicke der Hingabe des Depositums l. 1 § 22 D. depositi 16, 3, Vangerow a. a. O. S. 306 ff. Allein der Depositar erkennt, solange er die deponierte Sache im Namen des Deponenten besitzt, dessen Recht auf Rückforderung an, deshalb ist inzwischen der Lauf der Verjährung unseres Erachtens gehindert.

5) G. Thon, über die Verjährung, in Lindes Zeitschr. Bd. 8 n. 8.

6) l. 48 D. verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 26 ad edictum: Si decem „cum petiero" dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur et quasi sine mora, quam condicionem habet stipulatio: et ideo licet decessero priusquam petiero, non videtur defecisse condicio. Vangerow a. a. O. S. 312. So der Sache nach auch BGB. § 199 Satz 1.

lauf einer Kündigungsfrist zahlbar sind. Eine solche Frist soll den Schuldner vor Überraschungen sichern. Sie soll ihm ermöglichen, die Zahlungsmittel bequem herbeizuschaffen. Es handelt sich also im Grunde um eine Modalität des Zahlungsgeschäftes. Die Darlehnsschuld selbst ist damit nicht betagt; sie ist jederzeit einklagbar, nur muß dem Schuldner die bedungene Zahlungserleichterung vorbehalten werden. Hiernach verjähren auch Darlehen unter Kündigungsfrist von dem Momente des Kontraktschlusses an.

b) Dingliche Klagerechte verjähren von dem Augenblick an, in welchem sich ein Dritter mit dem Rechte des dinglich Berechtigten in tatsächlichen Widerstreit setzte. [7])

2. Sehr bestritten ist, ob die Verjährung auch gegen Klagen läuft, denen Einreden entgegenstehen. Für die Verneinung scheint zu sprechen, daß der Gläubiger in diesem Fall nicht mit Erfolg klagen könnte, daß also keinerlei Nachlässigkeit vorliegt, wenn er die Klage unterläßt. Dies ist nicht durchschlagend. [8])

a) Man kann sich namentlich auf Verjährung berufen, wenn dem Klagerecht peremptorische Einreden entgegenstehen. Denn was dem vollgültigen Rechte den Lebensfaden abschneidet, muß dem ungültigen, ja dem bloß vermeinten Recht die Scheinexistenz um so mehr nehmen. Es wäre auch vom praktischen Standpunkt aus absurd, wenn der Kläger gegenüber der Einrede der Verjährung replizieren wollte, die eingeklagte Forderung sei durch peremptorische Einrede, z. B. Betrug, Zwang, entkräftbar, oder auch, sie sei durch Zahlung getilgt und unterstehe deshalb der Verjährung nicht. [9])

b) Dilatorische Einreden sind verschiedener Art. Einige, wie z. B. Stundungsverträge, vertagen die Forderung, welcher sie entgegenstehen. Sie nehmen demnach der Forderung ihre Fälligkeit und damit eine Voraussetzung für den Lauf der Klagenverjährung. Diese beginnt also erst von dem Zeitpunkte an, in welchem jene Einreden nicht mehr zulässig sind. [10]) Andere dilatorische Einreden dagegen entziehen der Forderung an sich die Fälligkeit nicht, sie machen nur Gegenrechte geltend; dahin gehören Retentionseinreden, Einreden des nichterfüllten Vertrags, Rechtswohltaten des Bürgen. Solche Einreden hindern den Lauf der Verjährung nicht; es muß daher der Gläubiger, um sein Recht zu retten, suchen, sie während der Verjährungszeit zu beseitigen. [11])

II. Ablauf der Zeit. 1. Die gewöhnliche römische Verjährungszeit war 30 Jahre. [1]) **Sie verlängerte sich in einigen Fällen; daneben gab es zahlreiche kürzere Verjährungen.**

---

7) Solange jemand, z. B. der Mieter, im Namen des Eigentümers besitzt, kann die Verjährung nicht anfangen, weil er das Recht des Eigentümers anerkennt. Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 285.

8) Savigny Bd. 5 S. 290 leugnet jeden Einfluß der Einreden auf den Lauf der Verjährung; Windscheid Bd. 1 § 109 Anm. 3 betrachtet es dagegen als Regel, daß die Verjährung nicht laufe, solange dem Anspruch eine Einrede entgegenstehe. Grundsätzlich steht auf der Seite Savignys: Schwalbach in Iherings Jahrb. Bd. 19 S. 49 ff. Vgl. ferner Thon in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 68, Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 18, Riemann, Verjährbarkeit der Einreden, Breslauer Inaug.-Diss. 1890.

9) Die Einrede der Klagenverjährung hat auch unter anderem gerade den Zweck, die Vorschützung und den Beweis anderer Einreden überflüssig zu machen, nov. Valentiniani tit. XXVI pr.: quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula defendunt.

10) Es wird dies für die Stundung durch Gläubigermehrheit verordnet. l. 8 § 7 C. qui bonis cedere possunt 7, 71. Darin liegt aber keine Singularität, sondern Anwendung eines allgemeinen Gedankens; siehe auch die oben Anm. 2 abgedruckte l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 147 Anm. 1 n. 3.

11) Der Sache nach übereinstimmend BGB. § 202.

a) 40 Jahre erforderten Verjährungen, die sonst in 10, 20 oder 30 Jahren abliefen, gegenüber Kirchen und milden Stiftungen nach der justinianischen Gesetzgebung.[2] Auch die actio hypothecaria verjährte in gewissen Fällen erst in 40 Jahren.[3]

b) Der kürzeren Verjährung unterstanden in Rom zahlreiche prätorische Klagen. Nicht minder waren die ädilizischen Klagen wegen verborgener Mängel der Kaufsache kurz verjährbar und zwar die Klage auf Preisminderung — a. quanti minoris — in einem Jahr, die Klage auf Wiederaufhebung des Kaufes — a. redhibitoria — in 6 Monaten.[4]

2. Wer infolge Erbganges oder durch Singularsukzession von einem Präskribenten Besitz erhält, kann sich die Verjährungszeit seines Autors gegenüber dinglichen Klagen, insbesondere gegenüber der Eigentumsklage anrechnen. Eine Anrechnung ist aber unstatthaft, wenn der Besitz des Beklagten dem des Vorbesitzers nur zeitlich folgte, ohne daß ein Zusammenhang mittels Erbfolge oder infolge Willens des Vorbesitzers bestand.[5]

3. In der Regel wird die Verjährung fortlaufend — continuo — berechnet. In einigen Fällen kürzerer Verjährung, insbesondere bei den ädilizischen Klagen, geschah nach römischem Recht die Berechnung utiliter.[6]

4. Gewisse Hemmnisse bewirken jedoch ein Ruhen auch der fortlaufend zu berechnenden Verjährung.

---

1) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Das ist auch in das BGB. § 190 übergegangen.

2) Nach der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 vom Jahre 530 sollten Klagen der Kirchen und milden Stiftungen erst in 100 Jahren verjähren; die nov. 9 vom Jahre 535 übertrug dieses Recht der orientalischen Kirchen auf die Kirchen der neugewonnenen Länder des Okzidents, die ecclesia romana. Die nov. 111 vom Jahre 541 beschränkte das Vorrecht der Kirchen wieder allgemein auf die Zeit von 40 Jahren; die nov. 131 cap. 6 deklarierte, daß den Kirchen 40 Jahre nur bei den Verjährungen zugute kämen, die sonst 10, 20 oder 30 Jahre liefen. In der justinianischen Gesetzgebung hatte also die ecclesia romana kein Vorzugsrecht vor anderen Kirchen. Päpstliche Dekretalen nahmen Veranlassung, die ecclesia romana, d. h. nun die Kirche des Papstes, mit dem Privilegium 100jähriger Verjährung auszustatten, cap. 13, 14, 17 X de praescr. 2, 26. Die Rezeption des kanonischen Rechts schließt aber die Rezeption derartiger päpstlicher Privilegien nicht in sich. Eine Anwendung ist unerhört. Die gemeinrechtliche Praxis dehnte dieses Recht der Kirche auch auf den Fiskus aus. Heffter in Bekkers Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. 6 n. 1, vgl. auch Heimbach im Archiv für ziv. Praxis Bd. 48 n. 2.

3) l. 7 § 2ª, § 2ᵇ, § 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Das BGB. kennt keine Verjährung über 30 Jahre.

4) Die kurze Verjährung wegen Mängel der Kaufsache ist in das BGB. übernommen. Außerdem besteht die kurze Verjährung der laufenden Schulden, deren regelmäßige Beitreibung von einer guten Wirtschaft gefordert werden muß. Hierher gehören Schulden der Konsumenten an Kaufleute und Handwerker für Waren und für Dienste, Kapital- und Mietzinsen, direkte Steuern. BGB. §§ 196 ff. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 1 § 177.

5) Vgl. l. 8 § 1ª C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Ein Haus wird z. B. in Kriegszeiten von seinem flüchtenden Eigentümer A. verlassen, darauf von B. als vermeintlich herrenlos in Besitz genommen und 20 Jahre besessen, endlich nach dessen Tode von einem Dritten C. okkupiert, der es 10 Jahre besitzt. In diesem Fall hat C. die Verjährung gegenüber der Eigentumsklage des A. nicht vollendet, da ihm die Zeit des B. nicht zugute kommt.

a) Insbesondere wurde sie nach römischem Recht gehemmt durch die Unmündigkeit des Klageberechtigten, mochte er bevormundet sein oder nicht; ferner durch die Minderjährigkeit desselben bei Verjährungen unter 30 Jahren.[7]

b) Auch feindlicher Einbruch — tempus hostilitatis — hemmte die Verjährung.[8] Nicht minder ruhte sie zeitweise in einigen anderen besonderen Fällen, in welchen objektive Hindernisse der Erhebung der Klage entgegenstehen, namentlich im Falle des Stillstandes der Rechtspflege.[9]

Hatte die Verjährung begonnen und war sie eine Zeitlang gehemmt, so lief sie nach Beseitigung des Hemmnisses weiter. Es wird also die vorher abgelaufene Zeit eingerechnet. Dagegen muß die Verjährung im Falle einer Unterbrechung von neuem beginnen.

III. Unterbrechung der Klagenverjährung. Gründe der Unterbrechung sind Klageerhebung oder gleichstehende Schritte zur Erlangung der Rechtshilfe, sowie Anerkennung.

1. Vor allem geschieht die Unterbrechung durch Klageerhebung. Diese bestand nach klassischem Recht erst im zweiseitigen Akte der Litiskontestation.[10] Nach justinianischem Recht[11] genügte der einseitige Akt der Erhebung der Klage.

Erhebung einer Klage unterbricht die Verjährung aller auf demselben tatsächlichen Grund beruhenden, auf das gleiche Ziel gerichteten Klagen des Klägers gegen den Beklagten.[12]

Anmeldung einer Konkursforderung im Konkurse des Schuldners ist

6) Vgl. oben § 78.

7) l. 3 § 1ª C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni. nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt. l. 5 § 1 C. in quibus causis in integrum restitutio 2, 40. Vgl. BGB. § 206.

8) cap. 10 X h. t. 2, 26, Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 8.

9) Spezialfälle, in denen die Klagenverjährung ruht, sind l. 1 § 2 C. de annali exceptione 7, 40, l. 30 § 2 C. de jure dotium 5, 12, l. 22 § 11 C. de jure deliberandi 6, 30, vgl. auch § 29 J. de rer. div. 2, 1. Man hat den Satz aufgestellt: agere non valenti non currit praescriptio. Derselbe ist aber Mißdeutungen ausgesetzt. Er betrifft nur objektive jedem entgegenstehende Hindernisse, nicht aber bloß subjektive in der Person des Gläubigers liegende. Vgl. BGB. § 203.

10) l. 8 § 1 D. de fidejussoribus et nominatoribus 27, 7, l. 9 § 3 D. de jurejurando 12, 2.

11) Etiam per solam conventionem l. 7 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39, l. 3 § 1 C. eod.

12) l. 3 C. de annali exceptione 7, 40. Die persönliche Klage unterbricht die Verjährung der Pfandklage und umgekehrt, desgleichen richtiger Ansicht nach eine — vergebliche — Klage aus dem Besitz, die der Eigentumsklage. Auch die Erhebung einer Feststellungsklage unterbricht die Verjährung der hierauf gegründeten Klage auf Verurteilung zu einer Leistung. Dagegen unterbricht der Antrag auf Bewilligung des Armenrechtes für die anzustellende Klage deren Verjährung nicht. Dies ist ein vorbereitender Schritt, keine vorbereitende Klage, RG. in Gruchots Beiträgen Bd. 26 S. 1111. Klage bei einem Schiedsgerichte steht der Klage bei dem ordentlichen Gerichte gleich; l. 5 § 3 C. de receptis 2, 55. Selbst die gerichtlichen Schritte, welche auf die Bildung des Schiedsgerichts abzielen, genügen.

zwar keine Klage, aber sie ist der notwendige Weg zur Geltendmachung des Anspruches im Falle des Konkurses; deshalb unterbricht sie die Klagenverjährung.[13]

Dagegen unterbricht Vorschützung einer Einrede niemals die Verjährung derjenigen Klage, welche mit ihr das gleiche Fundament hat; denn sie enthält weder einen gerichtlichen Angriff noch die Vorbereitung eines solchen.[14]

2. Eine Unterbrechung bewirkt auch die schriftliche oder in konkludenten Tatsachen liegende Anerkennung[15] des Verpflichteten gegenüber dem Gläubiger. Es gehört hierher namentlich Ausstellung eines Schuldscheines, Zahlung von Zinsen, Zahlung eines Teiles der Schuld als Abschlagszahlung, Bestellung einer Sicherheit.[16]

3. Der Lauf der Klagenverjährung beginnt aufs neue, sowie die Unterbrechungstatsache der Vergangenheit anheimfällt, also namentlich im Falle der Klageerhebung, sowie die Streitsache nicht mehr rechtshängig ist, im Falle der Zahlung von Zinsen von diesem Augenblicke an.[17] Die dem bezüglichen Klagerecht etwa eigentümliche kürzere Verjährungszeit tritt auch nach der Unterbrechung wieder ein. Dreißigjährige Verjährung ist dagegen erforderlich, wenn die Schuld durch Judikat festgestellt oder wenn sie in eine Darlehnsschuld umgewandelt wurde.

Solange die Klage rechtshängig ist, welche die Verjährung unterbrach,

---

13) Vgl. BGB. § 209 Ziff. 2. Die Unterbrechung wird nach inneren Gründen durch Zurücknahme der Anmeldung nicht zunichte. Anders RG. Bd. 33 S. 394 und BGB. § 214. Zustellung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren unterbricht die Klagenverjährung; vgl. Aschrott in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 618, RG. Bd. 17 S. 282, Bd. 24 S. 199; bezüglich der Wechselsache Bolze im Archiv für ziv. Praxis Bd. 68 n. 1. BGB. § 213.

14) Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 5 sieht die Unterbrechung auch im Vorbringen einer Kompensationseinrede. Ebenso BGB. § 209 Ziff. 3. Im Fall tatsächlicher Unmöglichkeit der Klageerhebung genügte nach justinianischem Rechte zur Unterbrechung Protestation bei Gericht, eventuell bei der Ortsobrigkeit, äußerstenfalls durch öffentliche Anschläge am Wohnorte des Gegners, vgl. l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. Das BGB. kennt dergleichen nicht; einen Ersatz gewährt die öffentliche Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nach ZPO. §§ 203 und 204.

15) Nicht jede Anerkennung genügt, l. 7 § 5ª C. de praescr. 7, 39, l. 4 pr. C. de duobus reis 8, 39: . . . debitum agnoverint vel per solutionem vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et invenimus positos et nos ampliavimus. Die Anerkennung muß sich manifestieren durch Schrift oder einen realen Vorgang. Einfache mündliche Anerkennung reicht nicht aus. Demelius a. a. O. S. 63, Bruns, Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 1 S. 108. Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 8 führt aus, Theorie und Praxis in Deutschland habe von jeher dem „mündlichen Zahlungsversprechen" unterbrechende Wirkung beigelegt, das bilde eine bindende Übung. Auch BGB. § 208 begnügt sich mit jedweder Anerkennung.

16) Ist der Gläubiger fehlerfrei im Besitz von Pfändern, so hindert dies die Verjährung der versicherten Forderung, soweit sie aus den Pfändern befriedigt werden soll. Übergabe eines Pfandes während der Verjährungszeit durch den Schuldner ist Anerkennung der Forderung und unterbricht als solche deren Verjährung schlechthin. Mehr ist aus l. 7 § 5 C. h. t. 7, 39 nicht zu folgern. Anders Löwenstein I im Archiv für ziv. Praxis Bd. 73 S. 266.

17) l. 8 § 4 C. h. t. 7, 39. Savigny S. 306 ff., neuerdings auch Regelsberger Bd. 1 § 183 Anm. 5, behaupten, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermine ausschließt. Dagegen mit Recht Windscheid § 108 Anm. 2 und die meisten Schriftsteller.

kann eine Klagenverjährung nicht wieder beginnen. Es tritt aber eine eigenartige Verjährung der Litispendenz ein.[18] Dieselbe läuft von dem jeweiligen letzten prozessualischen Akte, vollendet sich in 40 Jahren und macht dem Prozeß und dem Klagerechte ein Ende.

IV. Bona fides.[19] Kenntnis des Verpflichteten von seiner Verpflichtung hindert nach römischem Rechte nicht Beginn und Vollendung einer Verjährung zu seinen Gunsten.

Nach kanonischem Rechte[20] schließt dagegen mala fides dessen, der eine fremde Sache besitzt, die Verjährung dinglicher und persönlicher Klagen auf deren Herausgabe aus. Die Klagenverjährung läuft also nicht, wenn der Präskribent weiß, daß er die fremde Sache widerrechtlich besitzt; sie wird unterbrochen, wenn er hiervon nachträglich erfährt. Schuldklagen auf Leistungen anderer Art verjähren, auch wenn der Verpflichtete seine Verpflichtung während der Verjährungszeit kannte.

§ 132. Die Wirkungen der Klagenverjährung.

1. Die Verjährung der dinglichen Klage hat den Untergang des zugrunde liegenden dinglichen Rechtes an und für sich nicht zur Folge. Insbesondere erlischt das Eigentumsrecht nur dann, wenn der Präskribent seinerseits durch Ersitzung Eigentümer wird.[1] Allerdings ist es nach Verjährung der Eigentumsklage kraftlos, solange der Präskribent im Besitze ist; aber es besteht noch und wird wieder wirksam, wenn etwa der Präskribent aus dem Besitze kommt.

2. Hinsichtlich der Verjährung der persönlichen Klagen stehen sich die Verteidiger einer stärkeren und die einer schwächeren Wirkung gegenüber.

Die ersteren betrachten den Untergang der Forderung selbst oder, wie man neuerdings sagt, des Anspruches als Folge der Verjährung. Derselbe gilt als abgetan und kann keinerlei Wirkung mehr äußern.[2] Diese Ansicht verwirklicht die Zwecke der Verjährung am durchgreifendsten, empfiehlt sich durch ihre Schneidigkeit und hat daher besondere Anziehungskraft für die Praxis. Gleichwohl ist sie nicht haltbar.[3] An diesem

18) l. 9 C. de praescr. XXX ann. 7, 39, Linde in seiner Zeitschrift Bd. 2 S. 153. Vgl. BGB. § 211.

19) Hildenbrand im Archiv für ziv. Praxis Bd. 36 n. 2; O. Reich, Entwicklung der kanonischen Verjährungslehre 1880; Rufini, la buona fide in materia di prescrizione, Torino 1892.

20) cap. 20 X de praescriptionibus 2, 26. Innocentius III in concilio generali: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae, vgl. cap. 3, cap. 5 X eod. Das BGB. kennt das Erfordernis des guten Glaubens nicht.

1) Dies war von Bedeutung im justinianischen Rechte. Denn hier war auch der malae fidei possessor nach 30 Jahren durch die Verjährungseinrede geschützt, während er Eigentum wegen des Fehlens der bona fides nicht erfaß. Nach kanonischem Rechte dagegen läuft die Klagenverjährung gegen die Eigentumsklage nur dem gutgläubigen Besitzer; dieser ersitzt aber mit deren Ablauf in der Regel die Sache.

2) Büchel, zivilrechtliche Erörterungen I 1; Bekker, Jahrbuch Bd. 4 n. 14; Vangerow Bd. 1 § 151; Windscheid Bd. 1 § 112 Anm. 3 sind Verteidiger der stärkeren Wirkung. RG. Bd. 2 S. 158, Bd. 34, S. 158 schließen sich Windscheid an.

3) Für die schwächere Wirkung erklärten sich namentlich Francke, zivil. Abh. n. 2,

Punkte tritt der Konflikt zutage, welcher die Verjährungslehre überhaupt beherrscht. Um des allgemeinen Nutzens und des sozialen Friedens willen tritt das Recht der zwangsweisen Geltendmachung von Rechten entgegen, wenn deren Verjährungszeit abgelaufen ist. Aber der Schuldner hat nicht erfüllt, der Gläubiger keine Befriedigung erlangt. Daher bleibt die Forderung bestehen, wenn auch die Mittel fehlen, sie zwangsweise durchzusetzen. Bezahlt der Schuldner freiwillig, so ist dies nimmermehr Schenkung; er leistet Zahlung einer Schuld. Hierin offenbart sich das Bestehen einer natürlichen Verbindlichkeit — obligatio naturalis. Erkennt er die Verpflichtung freiwillig in Kenntnis der vollendeten Verjährung als bindend an, so wird die Schuld sogar wieder klagbar.[4] So erklärt es sich leicht, daß nach den Quellen Pfandansprüche auch nach Verjährung der persönlichen Forderung fortbestehen können, obwohl das Pfandrecht nur Akzession der Forderung ist; letztere ist eben nicht durchaus beseitigt.[5]

3. Eine andere Streitfrage ist nahe verwandt: Kann noch zur Einrede dienen, was infolge der Klagenverjährung nicht mehr einklagbar ist?

Die Regel ist, daß *Einreden nicht verjähren*.[6] Zuweilen knüpft indessen das Gesetz die Erhaltung von Einreden daran, daß sie innerhalb gewisser *Frist* bei *Gericht angemeldet* werden,[7] und das moderne Recht neigt dazu, bei Mängeln einer Kaufsache mit der Klage auch die Einrede verjähren zu lassen.[8]

Eine besondere Stellung hat die Kompensationseinrede. Sie bezweckt zwangsweise Befriedigung einer Gegenforderung durch Aufrechnung. Man kann daher mit einer Gegenforderung nicht kompensieren, welche bereits verjährt war, als die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, entstand. Dies verstieße gegen den Zweck des Verjährungsinstitutes.[9]

4. Mit der Verjährung des Klagerechtes auf das Kapital erlischt zugleich das Klagerecht auf dessen rückständige *Zinsen und Früchte*.[10]

II. Untergang des Subjekts.

§ 133. *Tod des Berechtigten und Verpflichteten.*

1. In der Regel gingen nach römischer Auffassung Klagerechte nicht mit dem Tode des Berechtigten unter, sie standen auch seinen Erben zu. Eine Ausnahme bildeten gewisse, wie man zu sagen pflegt, *aktiv un-*

Savigny Bd. 5 S. 366 ff., Puchta, Pand. § 92, Hölder, Pand. § 63, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S 379.

4) Regelsberger Bd. 1 § 186 Anm. 4.

5) l. 7 § 2ª C. de praescr. XXX ann. 7, 49. Auch BGB. § 223 läßt Pfandrechte weiter bestehen.

6) Dies spricht ausdrücklich aus Paulus libro 71 ad edictum, l. 5 § 6 D. de doli mali exc. 44, 4. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur. Daher der Spruch quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Vgl. Savigny Bd. 5 § 253 ff.

7) Vgl. deutsche Gewerbeordnung § 112 Abs. 2.

8) So schon das bisherige HGB. Art. 349, vgl. auch Art. 386, 408 und ferner BGB. §§ 478, 479.

9) So auch Regelsberger Bd. 1 § 186 Anm. 8, vgl. BGB. § 390 Satz 2.

10) An sich würden die einzelnen Zinsraten erst von ihrem Fälligkeitstermin gerechnet in 30 Jahren verjähren. Es würde z. B. eine im Jahre 1863 begründete verzinsliche Kapitalforderung, welche niemals geltend gemacht wurde, hinsichtlich des Kapitals 1893, hinsichtlich der einzelnen Zinsraten sukzessive bis letztlich 1923 verjähren. Dies schneidet Justinian durch l. 26 pr. C. de usuris 4, 32 zweckmäßigerweise ab. Ebenso BGB. § 224.

vererbliche Klagen. Hierher gehörten Klagen, die den Personen- und Familienstand betrafen, ferner Klagen vermögensrechtlichen Inhalts, deren Hauptzweck aber persönliche Genugtuung war, sog. actiones vindictam spirantes wie die Injurienklagen.[1]

Mit dem Prozeßbeginn durch Litiskontestation wurde jede Klage vererblich.[2]

2. Regelmäßig verbanden die Klagerechte die Erben des Verpflichteten — sie waren passiv vererblich. Die römischen Strafklagen aber erloschen mit dem Tode des Delinquenten;[3] erst wenn sie gegen ihn erhoben waren, blieben sie auch gegen seine Erben wirksam.[4]

Dingliche Klagerechte gegen den Besitzer einer fremden Sache, konnten, solange die Erhebung der Klage nicht erfolgt war, nicht wider seine Erben geltend gemacht werden.[5] Die Erben mußten vielmehr selbst Besitz erlangen, damit ein Klagerecht gegen sie entstand. Nach der Klageerhebung vererbten sich auch dingliche Klagen gegenüber den Erben des Beklagten. Sie waren indessen von der Klage loszusprechen, wenn sie nicht in den Besitz der Streitsache gelangt waren und sie keine Verantwortung für die Schuld des Erblassers oder eigenes Verschulden traf.[6]

Sechstes Kapitel.

Die unmittelbaren Eingriffe des Magistrats in die Rechtspflege kraft des Imperiums. Das Verfahren extra ordinem.[1]

I. Die Stipulationes praetoriae und missio in possessionem.

§ 134. Die prätorischen Stipulationen und die missiones in possessionem.

Die Prätoren konnten auf Grund ihrer autoritativen Gewalt, abgesehen von der Einleitung der Formularprozesse, persönlich Vorschriften

1) l. 2 § 4 D. de coll. bon. 37, 6. Paulus libro 41 ad edictum: Emancipatus filius si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem. Den gleichen Charakter hat die actio sepulchri violati, l. 6, 8, 10 D. de sepulchro violato 47, 12, sowie die Klage wegen vereitelter Bedingung l. 9 D. de religiosis 11, 7, vgl. Savigny Bd. 5 S. 201. Aktiv unvererblich war in Rom auch die Strafklage wegen ungesetzlicher in jus vocatio des Parens oder Patrons l. 24 D. de in jus voc. 2, 4 und die Strafklage wegen calumnia, wenn etwas gegeben wurde, damit ein ungerechter Rechtsstreit geführt werde oder unterbleibe.

2) l. 13 pr. D. de injuriis 47, 10. Ulpianus libro 57 ad edictum . . . semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere, l. 28 D. eod. tit. Die querela inofficiosi testamenti war aktiv unvererblich. Sie wurde aber vererblich, wenn sie angestellt oder wenigstens vorbereitet war, l. 6 § 2, l. 7 D. de inofficioso testamento 5, 2.

3) l. 22 D. de oper. nov. nunc. 39, 1 . . . in poenam heres non succedit.

4) l. un. C. ex delictis defunctorum 4, 17.

5) l. 52, l. 55 D. de rei vind. 6, 1.

6) l. 42 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 26 ad edictum: Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non (possideat, absolvatur, tamen si quid ex) persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.

zur Ergänzung des Rechtsschutzes erlassen und ihnen kraft des Imperiums Nachdruck verleihen.

I. Zu Rom galt grundsätzlich Vertragsfreiheit, aber dem Prätor[2] stand es zu, wo ein seines Schutzes würdiges Interesse in Frage kam, *vertragsmäßige Verpflichtungen künstlich zu erzeugen*, indem er den Parteien die *Stipulationserklärungen* vorschrieb. Aus diesem aufgenötigten Formalvertrage entstand die Verpflichtung zur Vornahme gewisser Handlungen, die nunmehr auf dem gewöhnlichen Klagewege erzwungen werden konnte. Der Jurist Ulpian unterscheidet stipulationes cautionales, judiciales und communes.[3] In der Hauptsache waren zwar alle stipulationes praetoriae cautionales, da sie sämtlich die Sicherstellung des fraglichen Interesses durch Begründung eines selbständigen Klagerechtes bezweckten,[4] indessen bei den stipulationes judiciales trat die spezielle Aufgabe in den Vordergrund, einem bereits eingeleiteten judicium seinen Erfolg zu sichern.[5]

Neben der Übernahme der Verpflichtung in Stipulationsform konnten noch besondere Sicherheiten — satisdationes — durch Pfandbestellung oder Bürgen verlangt und erbracht werden.[6]

II. *Die Missiones in possessionem.* Ein wichtiges Mittel des persönlichen Eingriffes seitens des Magistrats war die *Einweisung* des Interessenten — missio — *in das Vermögen* derjenigen Person, von welcher eine bestimmte Handlung erzwungen werden sollte oder auch nur die Drohung mit einer solchen Einweisung. Diese missio konnte sich auf das *ganze Vermögen* — bona — erstrecken oder nur *einzelne Objekte* zum Gegenstande haben. Der Umfang solcher Einweisungen hing wesentlich von der *Veranlassung* ab, welche sie hervorrief. Die missio rei servandae causa im Interesse der Konkursgläubiger,[7] legatorum servandorum causa zur Sicherung der Vermächtnisnehmer in die Erbmasse und die missiones hereditatis tuendae causa[8] waren auf ganze

1) Wie sich hieraus zur späteren Kaiserzeit die Prinzipien eines neuen einheitlichen Verfahrens entwickelten und die Grundlagen des modernen Prozesses schufen, wird in der Rechtsgeschichte dargestellt.

2) Neben den Prätoren konnten solche Stipulationen von den kurulischen Aedilen und wohl auch von den plebejischen Tribunen erzwungen werden; vgl. Kübler in der Festschrift für Hirschfeld 1903 S. 52 ff.

3) l. 1 pr., §§ 1—3 D. de stip. praet. 46, 5.

4) l. 1 § 4 D. cit. 46, 5: . . . Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.

5) Es gehörte hierher die cautio judicatum solvi und die cautio ex operis novi nuntiatione l. 1 § 1 D. 46, 5; vgl. auch Tit. D. 39, 1 und unten im Sachenrecht. Die wichtigsten stipulationes cautionales im engeren Sinne waren z. B. die stipulatio rem pupilli oder furiosi salvam fore; vgl. Familienrecht, damni infecti, siehe im Sachenrecht, stipulatio ratam rem haberi bei der Stellvertretung. Die stipulationes communes nehmen zwar auf den Prozeß Bezug, setzen aber kein bereits eingeleitetes judicium voraus; diese Bedeutung hat das vadimonium, cf. oben S. 227.

6) Lenel, edictum Aufl. 2 S. 130 ff.

7) Vgl. unten im Obligationrecht.

8) Hierher gehörte die missio ventris nomine zugunsten der schwangeren Frau'

Gütermassen gerichtet. Eine engere Wirkung hatte die missio aus Veranlassung der cautio damni infecti; hier erstreckte sich die Einweisung nur auf dasjenige Gebäude, welches durch seine Baufälligkeit oder sonstige Mängel das Nachbargrundstück bedrohte.[9]

Der durch magistratliche Verfügung Eingewiesene genoß den Schutz der Interdikte oder auch der actiones in factum, wenn nicht gar unmittelbarer magistratlicher Zwang ihm zu Hilfe kam.

II. Die Interdikte.

§ 135. Die Interdikte. Allgemeines.[1]

Die kraft des Imperiums erlassenen Interdikte dienten dazu, den im Gemeinwesen *bestehenden Personen- und Sachstatus aufrecht zu erhalten* und vor eigenmächtiger Störung zu schützen. Ob dieser vorhandene tatsächliche Zustand auch der Rechtsordnung entsprach, war zunächst gleichgültig und wurde nicht untersucht, denn jede willkürliche Verletzung des Bestehenden widerspricht dem Interesse der Gemeinheit. Das Interdikt hatte also seine Grundlage im Wesen des Staats und in der öffentlich-rechtlichen Stellung des Magistrats, der es aus eigener Machtvollkommenheit anwandte. Aber den Vertreter der Staatsgewalt unterstützte die *Gesamtheit der Bürger*, die gleich ihm über dem Wohle des Gemeinwesens wachte und jede Verletzung der bestehenden Ordnung zur Anzeige brachte, ihre Abstellung verlangend. Das Interdikt konnte daher auf dem Wege der sog. *Popularklage* angerufen werden.

Die Interdikte zum Schutze des *Personenstatus* waren nicht zahlreich. Sie sollten die Freiheit sichern — interdictum de homine libero exhibendo — und die Familienordnung aufrecht erhalten — interdictum de uxore und de liberis exhibendis.[2]

Zahlreicher waren die Interdikte, welche dem Schutz der *Sach-* und *Vermögensordnung* dienten. Auch hier waren der Staat und die

---

deren zu erwartendes Kind neben den bereits vorhandenen Erben Ansprüche an die Erbschaft erheben könnte, l. 1 D. de ventre 37, 9; m. furiosi nomine dem Kurator des Geisteskranken, solange letzterer sich selbst nicht über den Antritt der Erbschaft äußern konnte, l. 7 § 3 C. de curat. fur. 5, 70, vgl. auch Erbrecht; m. ex Carboniano edicto für den Unmündigen, dessen Familienstatus und gesetzliches Erbrecht angefochten wurde, D. de Carbon. ed. 37, 10; m. ex edicto Divi Hadriani demjenigen, welcher eine regelrecht abgefaßte Testamentsurkunde vorwies; Tit. C. de edict. D. Hadriani 6, 33.

9) Das Nähere unten im Sachenrecht.

1) Gaj. Inst. IV §§ 138 ff. Lib. D. 43. Die Literatur ist umfassend: Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß, Bd. 1; Keller, Zivilprozeß S. 371 ff.; Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 62 ff.; Lenel, edictum S. 430 ff.; Ubbelohde in Glücks Erläuterungen der Pandekten, Bücher 43, 44; Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer; Witte, das Interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen Possessorium ordinarium; Bruns, die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts; Cornil, traité de la possession S. 291 ff.; Pernice, Parerga VI, VII; Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 19—124.

2) Tit. D. de homine libero exhib. 43, 29 und Tit. D. de liberis exhib. item ducend. 43, 30; Lenel a. a. O. S. 467 ff.

einzelnen Bürger in gleichem Maße beteiligt. Man unterschied daher öffentliche und Privatinterdikte, je nachdem es sich um die Wahrung von öffentlichen Sachen oder privaten Güterspähren handelte. Die interdicta publica dienten staatlichen, religiösen und sozialen Zwecken. Mit ihrer Hilfe schützte das römische Volk seine öffentlichen Land- und Wasserstraßen, öffentliche Gebäude und Plätze, Tempel und Begräbnisstätten vor Schädigung und Schändung. Endlich standen die für das wirtschaftliche Gedeihen der Nation wichtigen Bewässerungsanlagen — flumina publica, castella, receptacula unter dem Schutz des Interdikts.[3]

Nicht minder bedeutsam waren die interdicta privata, denn durch willkürliche Eingriffe in private Interessen wird das Gemeinwesen nicht weniger gefährdet, als durch die Schädigung öffentlicher Sachen. Es verstand sich aber von selbst, daß hier die Initiative nur Privatpersonen zukam, da die Römer willkürliche Eingriffe des Magistrats in die Herrschaftssphäre der einzelnen Bürger, sei es auch in bester Absicht, nicht billigten. Diese Privatinterdikte dienten den mannigfachsten Interessen und je nach der Art des gewährten Schutzes unterschied man interdicta exhibitoria, restitutoria und prohibitoria.[4] Nicht selten griff der Interdiktenschutz dort als ergänzendes Rechtsmittel ein, wo die zivilen Klagen keine formale gesetzliche Grundlage fanden und viele Institute des prätorischen Rechts haben sich im Leben mit seiner Hilfe Bahn gebrochen.[5]

Eine besondere Stellung nahmen die sog. Besitzinterdikte[6] ein. Sie waren dazu bestimmt, den vorhandenen Zustand der privaten Güterspähren schlechtweg ohne Rücksicht auf die Rechtslage zu erhalten. Gegen jeden Willkürakt gerichtet, verboten sie Gewalt — vim fiero veto — und forderten Wiederherstellung der früheren Sachordnung — restituas. Die interdicta quod vi aut clam und uti possidetis dienten den Interessen des Grundbesitzes, die interdicta de vi und de vi armata wandten sich gegen jede Gewalt wider die Person in ihrer Beziehung zur Güterspähre.

§ 136. Das Verfahren bei den Interdikten.

Das Interdiktsverfahren reicht ohne Zweifel ins graue Altertum zurück. Zu jener Zeit als noch die legis actiones den römischen Zivilprozeß beherrschten, erschien das Interdikt als geeignetes Mittel, um Lebensverhältnissen, welche die zivile Klageordnung nicht berücksichtigte, einen Rechtsschutz zu gewähren. Das Interdikt erging zunächst als ein Befehl des Magistrats die Störung zu unterlassen und den bis-

3) Sokolowski a. a. O. § 4: Das Interdikt und die Bewässerung.
4) Gaj. Inst. IV § 142.
5) Diesen Charakter hatte das interdictum de superficiebus, de itinere actuve privato, de migrando, quorum bonorum, quod legatorum u. a.; vgl. Sokolowski a. a. O. S. 68 ff.
6) Vgl. unten §§ 149 ff.

herigen Status wieder herzustellen. Wo der Magistrat diesen Befehl, sei es aus eigener Initiative, sei es auf Antrag einzelner Bürger im öffentlichen Interesse, erteilte, konnte er ihm durch die gesetzlichen Zwangsmittel — Multen und Pfändungen — Nachdruck verleihen. Diese unmittelbaren Eingriffe waren bei den interdicta privata unzulässig. Verlangte z. B. ein Bürger Schutz seines Erbbaurechts, Wegeservitutes oder Grundbesitzes, so konnte der Magistrat zunächst gar nicht wissen, ob und wieweit diese Beschwerde begründet war. Es wurde daher dem Gesuch des angeblich Verletzten zwar Folge gegeben und wider seinen Gegner das Interdikt erlassen, dabei aber doch die Möglichkeit ins Auge gefaßt, daß der klägerische Antrag nicht begründet war, ja daß der Kläger sich selbst hatte Übergriffe in die Vermögenssphäre des Beklagten zuschulden kommen lassen. Vielfach war daher die Rolle des Klägers und Beklagten keineswegs scharf geschieden, jeder der Beteiligten konnte ebenso gut eine Verletzung begangen, wie erduldet haben. Man sprach in diesem Sinne von interdicta duplicia,[1] weil sie eine Wirkung nach beiden Seiten hatten, beide Interessenten in die Rolle des Klägers wie des Beklagten versetzten. Im Gegensatz hierzu standen die interdicta simplicia mit von vornherein präzisierten Parteistellungen.

Das Interdikt stellt also zunächst dem Gegner des Antragstellers anheim, dem Befehl des Magistrats Folge zu leisten oder ihn von sich abzulehnen. Fehlten die tatsächlichen Voraussetzungen des Interdikts, so konnte natürlich die Weigerung sich ihm zu fügen keine Nachteile herbeiführen. Im anderen Falle lag Ungehorsam vor, welcher den Schuldigen vor dem Kläger und dem Magistrat verantwortlich machte. Es galt daher im ordnungsmäßigen Verfahren festzustellen, ob der Antragsteller oder der Beklagte die Verletzung erlitten hatte. Hierzu gab es zwei Wege:[2]

a) Der Beklagte konnte die Einsetzung eines Schiedsgerichts verlangen. Ein solches Gesuch lag dort besonders nahe, wo vom Beklagten eine Leistung — die Herausgabe eines Gegenstandes, die Wiederherstellung eines Zustandes — gefordert wurde, also bei den interdicta exhibitoria und restitutoria. Vor dem eingesetzten arbiter ging der Prozeß nach allgemeinen Regeln auf Grund einer formula in factum concepta vor sich.

b) Dem zweiten Verfahren — per sponsionem — lag die Idee zugrunde, daß sowohl die unmotivierte Aufstellung des Interdiktsanspruches durch den Kläger als auch der schuldhafte Ungehorsam gegen den Befehl des Magistrats seitens des Beklagten zugunsten des benachteiligten Gegners mit Strafe belegt werden könne. Es galt den Tatbestand, welcher das Interdikt hervorgerufen hatte, in einem ordentlichen Gerichtsverfahren zu prüfen. Zu diesem Zweck verfügte der interdizierende Magistrat, daß die streitenden Parteien eine sog. sponsio poenalis abschließen sollten. Bei den interdicta simplicia verpflichtete sich der

1) Vgl. Eck, die doppelseitigen Klagen.
2) Gaj. Inst. IV §§ 161 ff.

Beklagte allein, bei den interdicta duplicia die eine Partei gegenüber der anderen zur Zahlung einer bestimmten Summe, falls der prätorische Befehl verletzt oder der Antrag auf Erlaß des Interdikts zu Unrecht gestellt sein sollte. Während also beim interdictum simplex sich der Beklagte allein bedingt verpflichtete, stand beim interdictum duplex der bedingten sponsio des Beklagten eine bedingte restipulatio des Antragstellers gegenüber. Dieser formale Verpflichtungsgrund bot mittelbar die Möglichkeit einer Prüfung der Berechtigung des Interdikts vor dem ordentlichen Richter. Später schloß sich unter dem Einfluß des Formularprozesses an den Streit über die Strafsponsion ein besonderes Verfahren zugunsten des Klägers, das sog. judicium secutorium oder Cascellianum[3]. Dieser adhärierende Prozeß hatte Schadensersatz und Interessenvergütung wegen der etwaigen Verletzung der Vermögenssphäre zum Gegenstand. Im ganzen erfolgten also im Interdiktsprozesse zwei, bei den interdicta duplicia sogar drei Urteile über die sponsio poenalis — bei den judicia duplicia, außerdem über die restipulatio und über das judicium secutorium.

Bei den Besitzinterdikten trat noch ein weiterer Vorgang hinzu — die sog. fructuum licitatio.[4] Namentlich im Falle von Störungen des Besitzes an Immobilien war eine sofortige, sei es auch provisorische Regelung der Sachlage während des Verfahrens von großer Wichtigkeit. Eine Deteriorierung des Grundstückes durch den unrechtmäßigen Besitzer konnte den berechtigten Sieger im Prozeß schwer schädigen und den Volkswohlstand beeinträchtigen. Der praktische Sinn der Quiriten fand hier einen trefflichen Ausweg. Durch Befehl des Magistrats wurde noch vor Beginn des eigentlichen Rechtsstreites das Streitobjekt derjenigen Partei überwiesen, welche bereit war für den Fall des Unterliegens dem obsiegenden Gegner den Fruchtgenuß an der Sache während der Dauer des Besitzes mit der größeren Summe zu vergüten. Diese fructuum licitatio hatte den Vorzug, daß sie den Ausgang des Prozesses regelmäßig schon im voraus entschied. Denn ohne Zweifel war diejenige Partei, welche die gesichertste Aussicht hatte im Streit zu siegen, auch bereit die größten Lizitationsbeträge zu versprechen, nur um in den sofortigen Besitz der Sache zu gelangen, deren spätere Entziehung durch richterliches Urteil kaum zu befürchten war.

III. In integrum restitutio.

§ 137. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[1]

I. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — in integrum restitutio — ist die Beseitigung einer bei der Aus-

3) Gaj. Inst. IV § 166. Der Prätor Cascellius war ein Zeitgenosse von Cäsar; vgl. Krüger, Gesch. der Quellen und Literatur des röm. Rechts S. 67.

4) Gaj. Inst. IV §§ 166 ff. Im späteren Interdiktenverfahren kam die fructuum licitatio nicht mehr zur Anwendung. In seiner weiteren Entwicklung gestaltete sich das

übung der Rechtes herbeigeführten Verletzung durch besondere Hilfe des Magistrats aus Gründen der Billigkeit.[2]

Die Grundidee der in integrum restitutio ist, daß es Rechtsgebiete giebt, in welchen eine gleichmäßige und allgemeine Ordnung durch Rechtsnormen unausführbar ist, so daß nichts übrig bleibt, als im einzelnen Fall nach dessen Besonderheit das Erforderliche anzuordnen.

Zahlreiche Restitutionsfälle waren in den letzten Jahrhunderten der römischen Republik anerkannt. Damals machten sich neue Rechtsideen geltend, welche zwar billig erschienen, aber noch nicht reif waren zu allgemeiner Anwendung. Sie verwirklichten sich zunächst nicht durch generelle Rechtssätze, sondern durch prätorische Restitutionen je nach Lage des Falles. Allmählich aber verkörperte man jene Ideen in festen Rechtsordnungen und damit wurde die Restitution wieder zurückgedrängt.

II. Die späteren römischen Juristen führen sechs Restitutionsgründe auf;[3] indessen waren zu ihrer Zeit mehrere bereits abgestorben.

1. Wohl eine der ältesten Restitutionen war die wegen Zwanges. Seit aber dem Gezwungenen ordentliche Rechtsmittel, insbesondere die actio quod metus causa, zu Gebote standen, kam Restitution wegen Zwanges nur noch ausnahmsweise vor.[4]

2. Wegen Irrtumes wurde von jeher nur unter besonderen Voraussetzungen restituiert.[5] Am häufigsten geschah dies im Prozeß.

3. Die Restitution wegen Betruges fand selten Anwendung.[6] Sie erhielt keine weitere Ausbildung, seit man regelmäßig durch die actio doli Hilfe schaffte.[7]

Interdiktsverfahren unter Fortfall der sponsiones praetoriae mehr und mehr zu einem gewöhnlichen Prozeß vor dem ordo judiciorum um.

1) Das Hauptwerk ist von Burchardi, die Lehre von der Einsetzung in den vorigen Stand 1831; von S. 29 ab gibt er die ältere Literatur an. Vgl. ferner Schneider, die allg. subsidiären Klagen des röm. Rechts 1834; Savigny Bd. 7 S. 91 ff.; Glück Bd. 5 S. 392 ff.; Spaltenstein, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1873; Brinz Bd. 1 S. 405 ff.; Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 74 ff.; Hölder, Pandekten S. 216; Regelsberger Bd. 1 §§ 200 ff.

2) Die Restitution wird zutreffend mit der Begnadigung im Strafrecht verglichen. Die Römer nannten beides restitutio in integrum. Die abstrakte Regel des Rechts wird oft der besonderen Lage des Falles nicht gerecht. Persönliches Eingreifen mildert die Härten, welche hieraus entstehen, durch Begnadigung im Gebiete des Strafrechts, durch Restitution im Zivilrecht.

3) Pauli sent. I 7 § 2. Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum et status permutationem et justum errorem et absentiam necessariam et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur; vgl. l. 1, l. 2 D. de in integr. rest. 4, 1.

4) Vgl. oben § 91 S. 183.

5) Es gehörte hierher das Edikt quod eo auctore qui tutor non fuerit . . . si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem l. 1 §§ 2, 6 D. quod falso tutore 27, 6. Der Fall wurde nicht gemeinrechtlich. Andere meist gleichfalls antiquierte Fälle, in welchen in Rom wegen Irrtums restituiert wurde, zählt Vangerow Bd. 1 § 186 auf. Als gemeinrechtlich erachtet man wohl l. 1 § 17 in f. D. de separat. 42, 6. Vgl. Hollander, zur Lehre vom error S. 152 ff.

6) Es gehörte hierher das Edikt: quae alienatio judicii mutandi causa facta erit dolo malo in integrum restituam. l. 4 § 3, l. 10 § 1 D. de alienatione 4, 7; Lenel, edictum S. 121, Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 § 120 S. 1092.

4. Nach altrömischem Rechte wurde der Schuldner von seinen Schulden frei, wenn er capitis deminutio minima erlitten hatte. Hiergegen erteilte der Prätor den Gläubigern Restitution. Schließlich aber gab er ihnen eine Klage, wodurch er die Befreiung von Schulden wegen status mutatio ständig beseitigte.[8] Diese Art der Befreiung ist dem heutigen Rechte völlig fremd.[9]

5. Minderjährigkeit und

6. notgedrungene Versäumnisse begründeten ebenfalls Restitution.

Im Justinianischen Rechte waren nur die beiden letzten Gründe von Bedeutung.

Jede Restitution fordert:

a) eine Verletzung — Läsion —, gegen welche die Wiedereinsetzung geschieht und

b) einen Restitutionsgrund.

§ 138. Verletzung.

Die Restitution bringt Beschädigten Hilfe. Nicht bloß Vermögensschäden durch Verluste oder entgangene Vorteile kommen dabei in Betracht, sondern auch andere Nachteile.[1] Daher ist Restitution gegen familienrechtliche Geschäfte möglich, z. B. gegen Arrogation,[2] Anerkennung eines Kindes, Verlöbnis,[3] nicht aber gegen Eingehung einer Ehe, weil sie grundsätzlich nicht trennbar ist.[4]

Restitution soll in der Regel nicht erteilt werden, wenn der Schaden gering ist und wenn er nur mit unverhältnismäßigem Nachteil geheilt werden kann. Dieser Gesichtspunkt kann namentlich bei der Restitution Minderjähriger in das Gewicht fallen.[5]

Die Restitution wurde versagt

---

7) Hiermit steht l. 7 § 1 D. de in integrum rest. 4, 1 nicht in Widerspruch.

8) l. 2 § 1 D. de capite minutis 4, 5.

9) Das BGB. hat die Wiedereinsetzung in den früheren Stand nicht übernommen. Sie findet sich noch in Reichsgesetzen, welche das Verfahren betreffen.

1) l. 27 D. ex quibus causis 4, 6. Paulus libro 12 ad edictum: Et sive quid amiserit vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit.

2) l. 3 § 6 D. de minoribus 4, 4.

3) RG. Bd. 21 S. 181.

4) Savigny Bd. 7 S. 142; Windscheid Bd. 1 § 115 Anm. 13.

5) Nicht selten lehrt man, geringer Schaden werde bei der Restitution nicht berücksichtigt — minima non curat praetor; daß dies aber so allgemein nicht richtig ist, ergibt schon l. 4 D. de in integr. rest. 4, 1. Callistratus libro 1 edicti monitorii: Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat. Unter besonderen Umständen wird ein größerer Schaden verlangt, so l. 9 pr., l. 49 D. de minoribus 4, 4, l. 1 C. si adversus vend. pignoris 2, 28. Die gewöhnlich hierher bezogenen l. 9 § 1 D. de minoribus 4, 4 und l. 1 C. si adversus don. 2, 29 versagen die Restitution nicht, weil der Schaden gering war, sondern weil überhaupt kein Schaden vorlag. So mit Recht Windscheid Bd. 1 § 115 Anm. 6, vgl. dagegen Vangerow Bd. 1 § 176.

a) gegen Schaden, den man sich durch Dolus zugezogen hat,[6]
b) gegen den Verlust von Privatstrafklagen,[7]
c) gegenüber der 30jährigen oder längeren Verjährung,[8]
d) den Deszendenten gegenüber ihren Aszendenten.[9]

§ 139. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe.[1]

Die römische Restitution wegen Minderjährigkeit hielt sich anfangs in engen Grenzen; allmählich erweiterte man sie. Schließlich verfuhr man oft so lax, daß die Zwecke, welche man im Auge hatte, nicht mehr gewahrt blieben.

1. Das Edikt versprach Restitution gegen *Verhandlungen* — gesta — des *Minderjährigen* mit Dritten.[2] Man erteilte sie jedoch auch gegen einseitige Erklärungen des Minderjährigen, sowie gegen Unterlassungen.[3] Der Ausgangspunkt war die Absicht, Minderjährige gegen bewußte Übervorteilung seitens Dritter zu schützen. Hieran hielt man aber nicht fest. Minderjährige sollen durch *Leichtsinn* und *Unerfahrenheit*, wie sie ihrem Alter eigen sind, nicht zu Schaden kommen.[4] Gegen Schaden, welcher in *Zufall* seinen Grund hat, werden sie nicht geschützt.[5] Wenn indes der Minderjährige Geschäfte eingeht, welche an sich vorteilhaft, aber gewagt sind und Unfälle erleidet, weil er sie nicht rasch genug abwickelt, so wird er dennoch restituiert.[6]

6) l. 9 § 2 und § 5 D. de minoribus 4, 4, l. 26 § 6 D. ex quibus causis 4, 6, l. 1, l. 2, l. 3 C. si minor se majorem 2, 42. Restitution von Minderjährigen gegen die Folgen ihrer bloß fahrlässig begangenen Delikte ist nicht schlechthin ausgeschlossen, denn solche Fahrlässigkeit kann bei Minderjährigen verzeihlich sein. Savigny Bd. 7 S. 139; anderer Ans. Regelsberger Bd. 1 § 201 Anm. 7.

7) l. 37 pr. § 1 D. de minoribus 4, 4, l. 18 D. ex quibus causis 4, 6.

8) l. 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. — Über die Unzulässigkeit der Restitution gegen Ablauf der Frist des § 3 Ziff. 2, 3 und 4 sowie § 4 des Anfechtungsgesetzes v. 21. Juli 1879, vgl. RG. Bd. 17 S. 70.

9) l. 2 C. qui et adversus 2, 41. Vgl. überhaupt über die Beschränkungen der Restitution Bangerow Bd. 1 § 178 Anm. 2.

1) Vgl. oben § 42.

2) l. 1 § 1 D. de minoribus 4, 4. Praetor edicit: Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam. Über das gestum vgl. l. 7 pr. ff. D. de minoribus 4, 4, l. 9, l. 11 D. eod.

3) l. 8 C. de in integrum rest. 2, 21.

4) l. 1 pr. D. h. t. 4, 4, l. 5 pr. C. de in integr. rest. 2, 21 Diocletianus et Maximianus: Minoribus in integrum restitutio, in quibus se captos probare possunt, etsi dolus adversarii non probetur, competit. l. 3 § 7 D. h. t. 4, 4.

5) l. 11 § 4 D. h. t. 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum: Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas . . . unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem.

6) l. 11 § 5 D. h. t. 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum: Si locupleti heres extitit et subito hereditas lapsa sit (puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt): Julianus quidem libro 46 sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Julianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuivis

Die Restitution ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Minderjährige unter Konsens seines Kurators gehandelt hat.

Auch Minderjährige in väterlicher Gewalt erhalten Restitution, trotzdem sie mit väterlicher Ermächtigung gehandelt haben.[7]

Dies, einseitig durchgeführt, mußte Geschäfte jeder Art mit Minderjährigen praktisch unmöglich machen und sie jedes Kredits berauben, überhaupt aber den Verkehr schädigen. Daher drang Paulus darauf, daß Minderjährige nicht ohne weiteres restituiert werden sollten, sondern nur, wenn ihre Übervorteilung eine offenkundige sei oder wenn sie durch eigene grobe Nachlässigkeit beschädigt wären.[8] Dies ist nicht ohne nachhaltige Wirkung geblieben.[9]

2. Da die Minderjährigen Restitution auch erhalten, wenn sie unter vormundschaftlicher Zustimmung gehandelt haben, so war es folgerecht, daß sie auch dann restituiert werden, wenn Vormünder für sie gehandelt hatten.[10] Nicht einmal die obervormundschaftliche Genehmigung schließt die Restitution aus.[11] Aber Dolus oder grobe Nachlässigkeit der Vormünder ist zu erfordern.[12]

---

patri familias quamvis diligentissimo possit contingere. sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.

7) l. 3 §§ 4 ff. D. h. t. 4, 4.

8) Paulus libro 1 sententiarum l. 24 § 1 D. h. t. 4, 4. Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet. Die Flor.[1] liest autam, wonach Mommsen admodum auflöst, offenbar mit Recht; es entspricht der „manifesta" circumscriptio, daß „admodum" neglegenter folgt. Die facilitas, welche für Ulpian Restitutionsgrund ist, l. 44 D. h. t., und die grobe Nachlässigkeit, welche Paulus fordert, sind sehr verschiedene Dinge. Die Ausführung von Paulus über die Restitution der Minderjährigen ist also von einem anderen Geiste getragen, als es die Erörterungen Ulpians sind. Auch an anderen Orten opponiert Paulus übertriebener Ausdehnung der Restitution, welche schließlich allen Kredit zerstören müßte. So in dem Falle, den er libro 1 decretorum — l. 38 D. h. t. berichtet. Ämilius Larianus hatte ein Grundstück unter lex commissoria gekauft, war vor dem Zahlungstage verstorben und von der unmündigen Rutiliana beerbt worden. Ihre Vormünder berichtigten den Kaufschilling trotz mehrfacher Mahnung nicht. Der Verkäufer machte von der lex commissoria Gebrauch, die Rutiliana suchte Restitution nach. Die Vorinstanzen schlugen die Restitution ab, die Sache gelangte an den Kaiser: putabam bene judicatum, quod pater ejus, non ipsa contraxerat: imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: non me moveri quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam.

9) Vgl. l. 1 pr. C. qui et adversus quos 2, 41 von Alexander aus dem Jahre 232.

10) l. 47 pr. D. h. t. 4, 4, l. 7 § 8, l. 49 D. eod., l. 2, 3, 5 C. si tutor 2, 24. Ebenso wenn der Vater als natürlicher Vormund für sie handelt, RG. Bd. 15 S. 192, Seuffert, Archiv Bd. 37 n. 178.

3. Gemeinden teilte man hinsichtlich der Restitution die Rechte der Minderjährigen zu.[13] Die Praxis gewährte sie juristischen Personen überhaupt, namentlich dem Fiskus, überwiegend auch den nichtminderjährigen bevormundeten physischen Personen, insbesondere Geisteskranken; nicht leicht aber Verschwendern.

4. Die Restitution wegen Minderjährigkeit wurde in einigen besonderen Fällen ausgeschlossen.[14]

Restitution eines Minderjährigen gegen einen Minderjährigen ist zulässig. Aber sie wird versagt, wenn sie dem beklagten Minderjährigen einen Verlust zufügen würde, welcher eine tatsächliche Minderung seines Vermögens zur Folge hätte.[15]

Für großjährig Erklärte erhalten wegen Handlungen oder Unterlassungen nach der Großjährigkeitserklärung keine Restitution.[16]

§ 140. Restitution gegen notgedrungene Versäumnisse.

Gegen notgedrungene Versäumnisse erteilte der römische Prätor Wiedereinsetzung in den früheren Stand in weitgehender Weise.[1 2]

1. Die Versäumnisse, gegen die man hierdurch Hilfe erlangte, waren mannigfachster Art. Die Restitution konnte die Versäumung gerichtlicher Handlungen heilen, insbesondere die Versäumnis der Klageerhebung behufs Unterbrechung einer Verjährung oder prozessualischer Fristen, an welche ein Rechtsmittel geknüpft ist. Aber auch gegen Versäumnis außergerichtlicher Handlungen wurde restituiert, z. B. gegen den Nichtgebrauch einer Servitut, welche infolgedessen erloschen war. Unter Umständen konnte Restitution sogar gegen Versäumung vertragsmäßiger Fristen erteilt werden.[3]

2. Die Versäumnis mußte eine notgedrungene sein. Absolute

---

11) l. 11 C. de praediis vel aliis rebus 5, 71.

12) arg. l. 24 § 1 D. h. t. vgl. oben Anm. 8, siehe auch RG. Bd. 15 S. 195, Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 224, Bd. 47 n. 178.

13) l. 4 C. quibus ex causis majores 2, 53. Das kanonische Recht gewährt sie auch kirchlichen Korporationen, cap. 1, 3, 6 X de integr. rest. 1, 41.

14) Die Fälle führt an Vangerow Bd. 1 § 83 Anm. 2. Es gehört hierher, daß Minderjährige nicht restituiert werden sollen, wenn sie jussu patris ein Darlehn aufnahmen, l. 3 § 4 D. h. t. 4, 4. Es ist dies freilich singulär.

15) l. 11 § 6 D. h. t. 4, 4, l. 34 pr. D. eod.

16) l. 1 C. de his, qui veniam 2, 44.

1) Es ist vorzugsweise Paulus libro 12 ad edictum l. 16 D. ex quibus causis majores 4, 6, welcher den Notfall betont. Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Von den Neueren hat Brinz Bd. 1 S. 418 ff. vor anderen auf diese Grundgedanken hingewiesen. Gewöhnlich spricht man von Verhinderung „wegen äußerer Hindernisse". Dies trifft unseres Erachtens nicht den Kern der Sache.

2) Das Edikt selbst stellte die Restitution wegen Notversäumnis jedem Verletzten in Aussicht. Die Überschrift ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur wurde gewählt, weil die Altersrestitution diese entbehrlich machte. In neuerer Zeit ist die Restitution wegen Minderjährigkeit vielfach beschränkt, nun wird im Fall einer Notversäumnis nicht selten auch für Minderjährige die Hilfe dieses Ediktes Bedürfnis.

3) Vgl. l. 41 und l. 43 D. ex quibus causis 4, 6.

Unmöglichkeit wurde hierbei nicht gefordert, es handelte sich um Hindernisse, welche nach den Lebensverhältnissen nicht vorhersehbar und vermeidbar waren.

Das prätorische Edikt hatte drei Klauseln:[4]

a) Abwesenheit des Beschädigten vom Orte, wo die Handlung zu vollziehen war, aus begründeter Furcht, oder im Staatsdienste, sofern nicht Dolus unterlief; ferner Gefängnishaft, Sklaverei, Kriegsgefangenschaft des Beschädigten.

b) Abwesenheit des Gegners, ohne dessen Gegenwart die Handlung nicht vorgenommen werden konnte, falls er nicht vertreten war. Auch gewisse andere Arten seiner Unzugänglichkeit, insbesondere Gefängnishaft galten als Restitutionsgrund.[5]

c) Analoge Anwendung auf andere Fälle verhieß eine clausula generalis. Es gehört hierher begründete Abwesenheit des um Restitution Nachsuchenden, auch wenn sie nicht durch Staatsgeschäfte hervorgerufen war, und selbst freiwillig durch seine Verhältnisse bedingte Abwesenheit vorausgesetzt, daß unvorhersehbare Versäumnis hieraus entstand.[6] Zufälle anderer Art gaben gleichfalls Restitutionsgründe ab, z. B. Überschwemmungen und andere Unterbrechungen der Verkehrswege.[7]

3. Unterließ der Abwesende für die Zeit seiner Abwesenheit einen Vertreter zu bestellen, obgleich ihm dies möglich gewesen wäre, so wurde er nicht restituiert, wenn ihm durch Versäumnis Schaden erwuchs. Hier war er selbst schuld, da er für Vertretung sorgen mußte.

Hat er aber einen Vertreter bestellt und versäumt dieser nachlässigerweise die Wahrung der Rechte seines Auftraggebers, so können Zweifel entstehen.[8]

---

4) Das prätorische Edikt gibt wieder l. 1 § 1 D. h. t. 4, 6. Es ist vervollständigt bei Lenel, edictum S. 116; vgl. hierzu Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 119 S. 1086.

5) Insbesondere stellte man der Abwesenheit reipublicae causa diejenige der „legati civitatum" gleich, l. 8, l. 26 § 9 D. h. t., l. 1 C. quibus ex causis 2, 53.

6) l. 28 pr. D. h. t. Ulpianus libro 12 ad edictum: Nec non et si quis de causa probabili afuerit, deliberare debet praetor, an ei subveniri debeat, puta studiorum causa, forte procuratore suo defuncto: ne decipiatur per justissimam absentiae causam. Es besteht der Unterschied zwischen freiwilliger und notwendiger Abwesenheit, daß man vor der ersteren seine Geschäfte ordnen kann, die zweite aber wenigstens regelmäßig nicht aufschiebbar ist. Deswegen wird die Restitution wegen freiwilliger Abwesenheit nicht so leicht erteilt, als diejenige wegen notwendiger Entfernung.

7) Vgl. l. 34 § 1, l. 35 D. de serv. praed. rust. 8, 3. RG. in Seufferts Archiv Bd. 47 n. 260.

8) Manche Juristen erklärten sich in diesem Falle für Restitution, da der Verlust des Abwesenden mittelbare Folge seiner Abwesenheit war. Paulus aber entschied wider die Restitution der Abwesenden wegen Nachlässigkeit ihrer Vertreter. Ganz allgemein gewährt Ulpian — libro 12 ad edictum — dem legatus civitatis Restitution gegen Versäumnisse, auch wenn er einen procurator hatte, l. 26 § 9 D. h. t. 4, 6 . . . legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est . . . adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non. Dagegen entscheidet Macer libro 2 de appellationibus l. 8 D. de in integrum rest. 4, 1, daß die reipublicae causa absentes und gleichgestellte Personen, wenn sie gegenüber einer Klage durch ihre Prokuratoren verteidigt wurden, gegen das Judikat nicht restituiert würden, wohl aber gegen die Versäumnis der Appellation. Endlich spricht Paulus libro 1 sententiarum. l. 39 D. h. t. 4, 6 aus: Is qui rei publicae causa erat, afuturus si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur. Paulus versagt also dem Vertretenen, wenn er durch eine Prokuratur defendiert werden konnte, die Restitution schlechthin. Ähnlich l. 1 C. quibus ex causis 2, 53 verb. „indefensus". Über zahlreiche, freilich mißlungene Vereinigungsversuche berichtet Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 17 S. 68 ff. eingehend. Die Ansicht des Paulus verdient den Vorzug.

§ 141. Durchführung der Restitution nach römischem Recht.

Die Magistrate entschieden über die Restitution persönlich — extra ordinem.[1] Die daraus sich ergebenden Klageansprüche wurden vor den Geschworenenrichter verwiesen.

1. Infolgedessen kam es häufig zu zwei getrennten Prozessen. Der erste — das judicium rescindens — beschränkte sich auf die Frage der Restitution; der zweite — das judicium rescissorium — bezweckte auf Grund des Restitutionsbescheides die Verurteilung des Beklagten in der Hauptsache. So verfuhr man namentlich im Fall des Verlustes einer Klage wegen notgedrungener Versäumnis. Der Restitutionsbescheid beseitigte nur das der Klage erwachsene Hindernis, z. B. die Einrede der Verjährung. Ob die Klage an sich begründet, der Beklagte also in der Hauptsache z. B. aus dem angeblichen Darlehen, zu verurteilen sei, war Gegenstand eines zweiten Prozesses im ordentlichen Verfahren.[2]

2. Die Restitution war als außerordentliche Hilfe subsidiär.[3] Sie wurde also nicht gewährt, wenn dem Verletzten ordentliche Rechtsmittel offen standen, es sei denn, daß diese nicht so vollständig oder nicht so sicher oder bequem zum Ziele führten.[4]

3. Die Restitution war an eine Frist gebunden. Nach prätorischem Recht betrug dieselbe einen annus utilis. Justinian setzte sie auf 4 fortlaufend gezählte Jahre fest — quadriennium continuum.[5] Die Frist lief von der Verletzung an.[6] Aber die Minderjährigkeit des Berechtigten hemmte ihren Lauf, so daß erst von dessen Großjährigkeit an gezählt wurde; auch die Abwesenheit in Staatsgeschäften und die gleichgestellten Umstände bildeten Hemmnisse des Beginnes bis zu ihrer Beseitigung. Nichtkenntnis der Verletzung hemmte den Lauf der Frist nicht.

---

1) l. 26 § 1 D. ad municipalem 50, 1.

2) Im Edikt wegen Abwesenheit versprach daher der Prätor Klage — actionem dabo — und stellte eine Klageformel auf. l. 1 § 1, l. 28 §§ 5 und 6 D. ex. quib. caus. 4, 6; bei der Restitution der Minderjährigen behielt sich der Prätor das Verfahren vor — animadvertam —, d. h. ob er selbst entscheiden oder actionem rescissoriam geben wolle. Pernice in den Festgaben für Beseler S. 52.

3) l. 16 pr. D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum: In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est.

4) Insbesondere erhalten Minderjährige Restitution, wenn sie zwar möglicherweise im Wege des ordentlichen Rechts obsiegen können, wenn dieser Sieg aber von einer Beweisführung abhängig wäre. RG. Bd. 4 S. 160, l. 6 D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum: Minoribus XXV annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum, cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.

5) l. 7 C. de temporibus in integrum restitutionis 2, 52. Konstantin hatte in der l. 2 C. Th. de integri restitutione 2, 16 die Frist der restitutio minorum auf ein quinquennium, quadriennium oder triennium continuum festgesetzt, je nachdem der Minderjährige in Rom, in Italien oder in der Provinz seinen Wohnsitz hatte. — Die Frist war nicht bloß für das Anbringen des Restitutionsgesuches bestimmt, vielmehr mußte innerhalb derselben das Verfahren zu Ende geführt sein. Dies hat die gemeinrechtliche Praxis nicht übernommen; es genügte das Anbringen des Gesuches innerhalb der Frist. Dieselbe hat hierdurch das Wesen einer Klagenverjährung angenommen.

6) Diese Formulierung kann auffallen, da die Frist in sehr vielen Fällen nicht schon mit der Verletzung beginnt. Trotzdem aber ist sie grundsätzlich richtig und die Basis der bezüglichen Lehre. Von der gleichen Grundauffassung geht Justinian aus, wenn er in der l. 7 § 2 C. cit. verordnet: Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum tempus, in quo reipublicae causa afuerint vel aliis legitimis causis . . . fuerint occupati omne praecipiatur.

Erben kam die Frist zugute, soweit sie noch nicht gegen ihren Erblasser abgelaufen war. Minderjährige Erben erhielten auf Grund ihrer Minderjährigkeit selbständige Restitution, wenn sie die von ihrem Erblasser überkommene Frist nicht wahrten; sie lief von ihrer Großjährigkeit an.[7]

4. Berechtigt war der Verletzte. Der Anspruch war vererblich und abtretbar.[8]

Die Person des Beklagten ergab sich aus dem Inhalte des Restitutionsanspruches.[9] Hiernach wurde man z. B. gegen eine Ersitzung gegenüber dem jeweiligen Eigentümer, gegen einen Erbschaftsantritt gegenüber allen Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern restituiert.

Die Restitution der *Minderjährigen* wegen geschlossener Geschäfte ging in der Regel nur gegen den *Mitkontrahenten* — in personam —; aus besonderen Gründen aber auch gegen Dritte — in rem.[10]

5. Der Restitutionsbescheid konnte je nach der Sachlage und dem Klageantrage eine verlorene Klage oder ein anderes Rechtsmittel neu in das Leben rufen oder zu tatsächlicher Wiederherstellung eines früheren Zustandes verurteilen. Die Wiederherstellung mußte *für beide Teile* geschehen. Wurde daher gegen ein Rechtsgeschäft Restitution nachgesucht, so war der Beklagte nur unter der Bedingung zu verurteilen, daß der Restitutionskläger auch seinerseits dasjenige zurückgewährte, was er vom Restitutionsbeklagten infolge des angefochtenen Geschäftes erhalten hatte.[11] Erfolgte die Restitution aber gegen ein Geschäft mit einem Minderjährigen, so brauchte der Restitutionskläger nicht herauszugeben, was er während seiner Minderjährigkeit infolge Leichtsinns oder Unerfahrenheit verloren hatte.[12]

---

7) Siehe l. 19 D. de minoribus 4, 4.

8) l. 24 pr. D. de minoribus 4, 4.

9) *Bürgen* kommt die Restitution wegen Minderjährigkeit des Hauptschuldners nicht zugute, wenn sie, was die Regel ist, dem Gläubiger gerade Gewähr gegen die Gefahr der Restitution leisten sollten, l. 1, l. 2 C. de fidejussoribus minorum 2, 23, l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1, l. 13 pr. D. de minoribus 4, 4.

10) Wetzel disp. de quaest. adversus quem rest. imploranda est. Marburger Programm 1850.

11) l. 13 § 1, l. 14 D. de minoribus 4, 4.

12) l. 24 § 4, l. 27 § 1, l. 40, § 1, l. 47 § 1 D. de minoribus 4, 4, l. un. C. de reputationibus 2, 47.

Zweites Buch.

Das Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Einleitung.

Der Besitz.[1]

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze.

§ 142. Begriff des Besitzes.

Man unterscheidet eine zwiefache Ordnung für die Beziehungen der Individuen zu den Sachgütern, eine soziale — den Besitz — und eine rechtliche — das Eigentum.

1. Besitz — possessio — ist die sozial anerkannte Herrschafft über die Sachgüter. Der Besitz ist nicht, wie manche vermeinen, Recht. Er steht vielmehr außerhalb des Rechtes, wenn sich auch Rechte an ihn knüpfen.[2] Unterstellen wir, was praktisch unmöglich, an

1) Tit. Dig. de adquirenda vel amittenda possessione 41, 2. Die überaus umfassende Literatur ist am vollständigsten aufgezählt bei Windscheid-Kipp Bd. 1 § 148. Das Hauptwerk ist: Savigny, das Recht des Besitzes 1. Aufl. 1803, 6. Aufl. 1836; die 7. Auflage von Rudorff 1865 veranstaltet enthält wertvolle Zusätze des Herausgebers. Bezeichnend für die Macht des Genies ist, daß dies Werk, welches Savigny im 24. Lebensjahre in wenigen Wochen entwarf und vollendete, die Besitzlehre fast ein Jahrhundert lang beherrschte. Die rasch hingeworfene Jugendarbeit mußte unvermeidlich neben ihren glänzenden Vorzügen Fehlgriffe enthalten. Auch diese Partien des Werkes behaupteten infolge der bestechenden Darstellung und der Autorität des Verfassers Geltung. — Hervorragend durch seine dogmengeschichtlichen Untersuchungen ist C. G. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter, 1848. Neue Anregungen haben der Besitzlehre die geistvollen Ausführungen von Ihering gegeben. Ihering schrieb: Grund des Besitzesschutzes 2. Auflage 1869, ferner: der Besitzwille 1889 und den seine Ansichten zusammenfassenden Aufsatz: der Besitz, im Handbuch der Staatswissenschaften von Conrad Bd. 2 S. 406, wiederabgedruckt in seinen Jahrb. Bd. 32 S. 41. Später noch Strohal, Besitzrecht des Entwurfs in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 336, Bd. 31 S. 1, Bekker zur Reform des Besitzrechts, daselbst Bd. 30 S. 235 und hierüber Strohal, das. Bd. 31 S. 66, Bekker, der Besitz beweglicher Sachen, das. Bd. 34 S. 1. Siehe ferner Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre, Vermischte Schriften Bd. 1 S. 25 ff., darüber Kipp in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 52 S. 297; Cornil, traité de la possession; Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 125 ff.

2) Dies haben die römischen Juristen klar und unmittelbar erkannt und zutreffend

sich aber denkbar ist, die Aufhebung der Rechtsordnung, so wäre damit der Besitz nicht beseitigt. Die Herrschaft über die Sachgüter würde vielmehr fortdauern, weil sie durch das soziale Zusammenleben der Menschen bedingt ist.

Der Besitz ist ein *physisches Verhältnis*. Aber er ist nicht notwendig etwas *Sinnliches*. Er tritt uns gleichsam vor Augen, wenn man auf Grundstücken wohnt und sitzt,[3] und wenn man Mobilien körperlich inne hat oder unter Verschluß hält. Nicht weniger stehen aber weit entlegene Felder, dort aufgehäuftes Getreide, zurückgelassene Ackergerätschaften in unserem Besitze. Der Grund hierfür liegt in der gesellschaftlichen Ordnung, und die durch sie *befestigte, in die Zukunft hinein wirkende physische Gewalt* über die Sache ist Besitz.[4] Die Sache muß also dauernd zu unserer Verfügung stehen und fortgesetzt unserer Einwirkung unterliegen.[5] Nicht absolute Sicherung der Zukunft wird aber gefordert; dergleichen ist nie zu erreichen. Auch feste Riegel können gesprengt und die durch sie verwahrten Besitztümer geplündert werden. Notwendig ist nur, daß man innerhalb der gegebenen gesellschaftlichen Ordnung auf die fortgesetzte Verfügung über die Sache zählen kann.

Dazu gehört, daß sie dem Spiele der Naturgewalten entrückt und gegen willkürliche Eingriffe der Mitmenschen gesichert ist. Unter geordneten Verhältnissen besteht diese Sicherung schon dann, wenn die Sache erkennbar unserer Herrschaft unterstellt ist. Hier empfindet jeder eine natürliche Scheu, die fremde Sphäre anzutasten, und jene Scheu wird durch die Sitte befestigt, durch das Recht verstärkt.

2. Neben der sozialen Ordnung — dem Besitz — steht die rechtliche — das Eigentum. Das Eigentum ist das Recht auf die Herrschaft über die Sachgüter; der Besitz ist jene Herrschaft.[6] Beides kann zusammenfallen und dies ist die Regel. Aber es ist *nicht notwendig*, daß der

---

ausgesprochen. l. 1 § 4 D. de a. vel a. p. 41, 2. — Paulus — eam rem facti, non juris esse; l. 49 pr. D. eod. — Papinianus — plurimum ex jure possessio mutuatur. Daher denn nach l. 49 § 1 cit. „possessio non tantum corporis, sed et juris est".

3) l. 1 pr. D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum: Possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.

4) l. 3 § 13 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum . . . hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus; daher ist die Erörterung von Paulus libro 14 ad Sabinum in l. 14 pr. D. de servit. 8, 1 nicht ganz zutreffend.

5) Der in einem Laden angestellte Verkäufer hat bezüglich der ihm zum Verkaufe übergebenen, im Laden befindlichen Waren weder Besitz noch Gewahrsam, RG. in Strafs. Bd. 2 S. 1, ebensowenig der Zollbeamte an den zur Verzollung in den Diensträumen befindlichen Gegenständen, RG. in Strafs. Bd. 3 S. 201, und auch nicht der Förster am Walde und an dessen Erzeugnissen, die seiner Obhut unterstehen, RG. in Strafs. Bd. 5 S. 180. Denn diese Angestellten — sog. Besitzdiener — haben wohl momentan die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache, aber keine befestigte Herrschaft.

6) l. 12 § 1 D. h. t. 41, 2. Ulpianus libro 70 ad edictum: Nihil commune habet proprietas cum possessione, l. 1 § 2 D. uti possidetis 43, 17. Der vulgäre Sprachgebrauch identifiziert vielfach Besitz und Eigentum. Der Jurist darf sich derartiges nicht zu schulden kommen lassen.

Besitz mit dem Rechte zum Besitze — dem jus possidendi — übereinstimme. Auch wer ohne Recht, ja ohne den Glauben an ein solches die Sache beherrscht, ist Besitzer.[7]

Der berechtigte Nichtbesitzer kann die Herausgabe seiner Sache vom nichtberechtigten Besitzer erzwingen. Aber hierzu bedarf es der Klage, des Beweises des Rechtes und der rechtskräftigen Verurteilung. Inzwischen behält kraft der sozialen Ordnung der Beklagte den Besitz und er behauptet ihn dauernd, auch wenn er jedes eigenen Rechts offensichtlich entbehrt, falls dem Kläger der Beweis seines Rechts mißlingt. Daher lautet ein alter Spruch beati possidentes. Ihn bestätigt die tägliche Erfahrung.

3. Der Besitz ist etwas vom Rechte Getrenntes. Aber er ist gleichwohl für das Recht von Wichtigkeit. Es knüpfen sich an ihn Rechtswirkungen — das jus possessionis.[8] Eine unmittelbare Folge ist der Schutz durch besondere Rechtsmittel — possessorische Interdikte. Eine weitere ist die Ersitzung. Denn was die gesellschaftliche Ordnung anerkannte, hat die Tendenz, zum Rechte zu werden. Die Ersitzung ist jedoch nicht an den Besitz allein, sondern an redlichen Besitz geknüpft.

4. Wenn wir von Besitz schlechthin reden, so meinen wir dessen einfachste Art, den Sachbesitz oder die Herrschaft über die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen. Der Sachbesitz in diesem Sinne ist ausschließlich. Dieselbe Sache im Ganzen kann nicht mehreren zur Verfügung stehen.[9] Zulässig ist aber Mitbesitz einer Sache durch mehrere zu ideellen Teilen.[10] Zulässig ist auch der Besitz eines Rechtes an der Sache, z. B. des Nießbrauches, neben dem Sachbesitze.

---

7) l. 11 § 1 D. de her. pet. 5, 3 pro possessore vero possidet praedo — l. 12 D. eod. Ulpianus libro 67 ad edictum — qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit „quia possideo“ nec contendet se heredem vel per mendacium.

8) Von dem „jus possessionis“ spricht u. a. l. 44 pr. D. h. t., l. 2 § 38 D. ne quid in loco publico 43, 8.

9) Allerdings findet sich namentlich bei den älteren römischen Juristen der Gedanke einer possessio plurium in solidum. l. 3 § 5 D. h. t. 41, 2, l. 5 § 15 D. commodati 13, 6; die Erklärung hierfür bei Sokolowski a. a. O. Bd. 2 S. 132 ff.; vgl. unten S. 296.

10) Die Römer in ihrem Streben nach Präcision und Klarheit stellten den Rechtssatz auf, daß der Besitz auf einen bestimmten ideellen Teil gerichtet sein müsse, um Anerkennung zu finden, l. 26 D. h. t. 41, 2, l. 3 § 2 D. eod. Hieraus zogen sie die Konsequenz, daß Mitbesitzer, welche im Ungewissen darüber seien, welchen Umfang der Besitztitel eines jeden hätte, nicht besäßen. l. 32 § 2 D. de usurp. 41, 3 Pomponius libro 32 ad Sabinum: Incertam partem possidere nemo potest: ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit. Die Konsequenz war eine unvermeidliche, aber sie bildete einen rein formalen Rechtssatz — mera suptilitas —, welcher den realen Verhältnissen nicht gerecht wurde. Das heutige Gesellschaftsrecht kennt nach deutschrechtlichen Anschauungen zahlreiche Gemeinschaftsverhältnisse, bei welchen die Mitbesitzer dieselbe Sache zusammen zur gesamten Hand besitzen, ohne daß sie bestimmte ideelle Teile an derselben haben. So besitzen bei allgemeiner Gütergemeinschaft die Ehegatten ihre Vermögen bis zur Auflösung der Ehe zusammen, ebenso die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen bis zur Auseinandersetzung. Bestimmte Anteile bestehen vorher nicht.

§ 143. Der Schutz des Besitzes und seine Entwicklung.[1]

Das Verständnis der Besitzlehre hängt wesentlich ab von einer richtigen Einsicht in die geschichtliche Entwicklung des Besitzschutzes. Der Besitz ist

1) Über den Grund des Besitzschutzes sind viele Theorien aufgestellt worden. Eine interessante Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten gibt Jhering, Besitzesschutz S. 2ff.; vgl. auch Randa, Besitz nach österr. Rechte 4. Aufl. 1895 § 8, Capone im archivio giuridico Bd. 50 S. 9, Jean Appleton, essai sur le fondement de la protection possessoire. Paris 1892. Man unterscheidet relative und absolute Theorien. Die relativen suchen den Grund des Schutzes des Besitzes außerhalb desselben, in anderen Rücksichten, Einrichtungen, Zwecken; die absoluten leiten den Besitzesschutz aus dem Wesen des Besitzes selbst her. Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 3ff. Die relativen Theorien betrachten als das Entscheidende teils den Schutz der Person des Besitzers gegen Gewalt, teils das Interesse des Eigentums. Savigny — Besitz § 5 — erklärte unter dem Einfluß Kants den Besitzesschutz als Hilfe gegen Gewalt. Die Antastung des Besitzes vergewaltige den Besitzer, er werde somit verletzt. Dies Unrecht solle durch die Besitzinterdikte ausgeglichen werden und die Rechtsmittel des Besitzers seien Deliktsklagen. Aber gerade dies bewährt sich nicht. Nur eines der possessorischen Interdikte — das i. unde vi — hat Deliktsnatur; die anderen Besitzesinterdikte haben sie nicht. Dies gilt namentlich von dem wichtigsten Rechtsmittel zum Schutze des Besitzes — dem interdictum uti possidetis. Dasselbe entscheidet den Streit über den Besitz in ähnlicher Weise, wie die Eigentumsklage den Streit über das Recht schlichtet. Es schützt den Besitz gegen Störung und Gewalt; aber Gewalt und Delikt sind nicht seine Voraussetzungen. Andere erklären den Besitzesschutz daraus, daß der Besitz wahrscheinliches Eigentum sei. So schon die Glossatoren; vgl. Glossa in vacuam zu l. 12 C. de probat. 4, 19. Später hat dies Jhering in selbständiger Weise ausgeführt — Grund des Besitzesschutzes S. 45. — Der Besitz, meint er, sei die Tatsächlichkeit des Eigentums, und der Besitzesschutz eine notwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigentumsschutzes, eine dem Eigentümer zugedachte Beweiserleichterung. Der Eigentümer sei regelmäßig zugleich Besitzer und im Besitze verteidige er sein Eigentum. Der Besitz lasse sich daher als Eigentumsposition oder Vorwerk des Eigentums bezeichnen. Nicht um des Besitzes willen sei der Besitzesschutz da, nur um des Eigentums willen sei er geschaffen. Freilich könne man diesen Schutz dem Eigentümer nicht zuwenden, ohne zugleich den besitzenden Nichteigentümer daran teilnehmen zu lassen. Es sei dies die leidige, aber unvermeidliche Konsequenz der dem Eigentümer zugedachten Beweiserleichterung, der Preis, den das Gesetz zahlen müsse, um dem Eigentümer den ihm zugedachten vereinfachten Eigentumsschutz zuzuwenden. Das ist aber nicht zutreffend. Der Besitz wird im Interdiktsverfahren vom Eigentum streng geschieden und nicht einmal der liquide Beweis des mangelnden Eigentums gegen den Besitzer zugelassen. Allerdings hat das interdictum uti possidetis, das wichtigste römische Besitzrechtsmittel, auch den Zweck den Eigentumsprozeß vorzubereiten und vor Beginn der Vindikation die Besitzfrage von der Eigentumsfrage zu scheiden; l. 1 §§ 1, 2 D. uti possid. 43, 17; Gaj. Inst. § 160. Darüber namentlich Jhering, Grund des Besitzesschutzes; Bekker, das Recht des Besitzes S. 99ff., vgl. die Übersicht bei Cornil a. a. O. S. 343ff. und Capone im archivio giuridico Bd. 50 S. 19. Eine Mittelmeinung gleichfalls bei Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 § 159 Anm. 10. Die Hauptbedeutung des interdictum utrubi mag in der Vorbereitung des Eigentumsprozesses gelegen haben. Reine Besitzstörungsklagen im Hinblick auf Mobilien vermögen wir uns praktisch nicht vorzustellen; vgl. darüber Bruns, die Besitzklagen S. 172ff. Ohne Zweifel hat auch das interdictum uti possidetis und insbesondere die mit ihm verbundene fructuum licitatio die alte mit dem Legisaktionenverfahren verschollene Vindiciengewährung ersetzt und damit das Prozeßfeld für die weiteren Vorgänge der rei vindicatio geklärt. Diese Verwendung des Interdikts für Zwecke des Eigentumsschutzes erschöpft aber keineswegs seine Bedeutung; sie bereitete die Entwicklung der speziellen Besitzklagen vor und trug wesentlich dazu bei, aus den Resten des uralten Interdikts ein spezielles Verfahren zum Schutze der possessio zu gestalten. Denn hier zuerst trat die besondere Natur des Besitzes als

kein Recht und erhält gleichwohl rechtlichen Schutz durch Interdikte. Nicht bloß redliche, auch unredliche Besitzer, selbst Räuber und Diebe dürfen dieselben geltend machen. Das Recht unterstützt also auf der einen Seite, was es auf der anderen verwirft und bestraft. Dieser scheinbare Widerspruch findet folgende Erklärung. Der Besitz ist die tatsächliche Gesellschaftsordnung; den gegebenen Zustand sollten die Interdikte aufrechterhalten. Sie konnten auf Initiative der Obrigkeit, wie der einzelnen Bürger angestellt werden und sie dienten dem Schutz öffentlicher Einrichtungen, wie privater Gütersphären, denn im Grunde ist es gleichgültig, wo die Verletzung der bestehenden Ordnung eintritt, im Kreise der Gegenstände, welche dem Staat unmittelbar unterstehen oder in einem privaten Herrschaftsgebiete. Die interdicta publica wie die Besitzinterdikte haben den gleichen Ausgangspunkt und das gleiche Ziel. Bei der Anstellung der öffentlichen Interdikte gehörte aber die Initiative dem einzelnen Bürger neben dem Magistrat, während die Besitzinterdikte zur ausschließlichen Verfügung des Verletzten standen und, solange er schwieg, mußte nach römischer Auffassung jede Einmischung des Magistrates unterbleiben.[2] Tragweite und Bedeutung solcher störender Handlungen entzogen sich zunächst dem Urteil der Obrigkeit, sie konnte bloß eine gewisse Direktive angeben, die Fälle ungefähr beschreiben, in welchen eine Berufung an sie zulässig erschien. Dieser Umstand hat ohne Zweifel dahin geführt, die sog. Besitzinterdikte in besonderem Maße den privaten Klagen und ihrem Verfahren zu nähern, aber das öffentliche Interesse steht hier trotzdem so weit im Vordergrund, daß private Rechtsansprüche dem Interdikt überhaupt nicht entgegengestellt werden

---

tatsächliche Herrschaft über die Sache dem durch Normen garantierten dinglichen Recht gegenüber — separata esse debet possessio a proprietate. An der Schule dieser prozessualen Übung und im steten Zusammenhang mit der rei vindicatio hat sich dann jene bewußte Verknüpfung von Interdikt und possessio vollzogen, die auch unserem modernen Besitzrecht seine Grundlage verlieh. Vgl. Sokolowski a. a. O. — Unter den absoluten Theorien ist die Willenstheorie die verbreitetste. Der im Besitze realisierte Wille, obgleich er rein faktisch ist, vielleicht im grellsten Widerspruche mit allem Rechte steht, müsse, sagt man, doch der allgemeinen Natur des Willens zufolge geschützt werden. Denn der Wille sei an sich und seinem Wesen nach frei, die Anerkennung und Durchführung dieser Freiheit bilde das gesamte Rechtssystem. Zwang und Gewalt gegen den Willen seien also ohne Rücksicht auf ihre Gesetzmäßigkeit Unrecht, gegen welches ein Schutz zu geben sei; Bruns, Recht des Besitzes § 58. Im Streite um den Besitz steht aber Wille gegen Wille, Person gegen Person. Warum hat nun der Wille dessen, welcher den Besitz zu behaupten sucht, das Übergewicht über den Willen desjenigen, der ihn zu erlangen strebt? Die Willenstheorie löst diese Frage nicht, sie sagt uns nichts darüber, warum die Tatsache des Besitzes den Willen des einen über den des anderen erhebt; Stahl, Philosophie des Rechts 5. Aufl. Bd. 2 Abs. 1 S. 304 ff. Bekker, Recht des Besitzes S. 14 ff. erachtet die Frage nach dem — philosophischen — Grunde des Besitzesschutzes als verfehlt. Der Besitzesschutz besteht. Dies müsse dem Anhänger der geschichtlichen Rechtslehre genügen. So verstanden indessen die alten Meister der historischen Schule, insbesondere Savigny, jene Lehre nicht. Diese haben nie darauf verzichtet, die tieferen — philosophischen — Gründe des Gewordenen zu erforschen. Zu solcher Resignation kann sich der suchende Geist der Menschen nicht verstehen. Siehe auch Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz 1884 S. 332, Pfersche, östr. Sachenrecht 1893 Bd. 1 S. 80.

2) Siehe oben S. 279 ff.

dürfen, denn keine willkürliche Gewalthandlung verträgt sich mit der Ruhe und Sicherheit des Gemeinwesens.[3]

§ 144. Die Gestaltung der römischen Besitzlehre.

Die Geschichte des Besitzes bei den Römern ist keine einheitliche. Es handelt sich hier um den Gegensatz von praktisch-juristischen Erwägungen zu den philosophisch beeinflußten Schulbegriffen der späteren Rechtswissenschaft.

1. Die Grundlage der römischen Besitzlehre beruhte auf den alten Satzungen über den Interdiktenschutz, aber auch der Erwerb des bonitarischen Eigentums nach prätorischem Recht war hier von Bedeutung. Die älteren Juristen untersuchten die begriffliche Natur des Besitzes überhaupt nicht. Mit der possessio faßte man diejenigen unmittelbaren Beziehungen der Person zur Sache zusammen, welche nicht zur Kategorie der bereits anerkannten dinglichen Rechte gehörten. Aus dieser Fülle von Erscheinungen wurden dann wieder solche Zustände herausgegriffen, die gewisse rechtliche Folgen nach sich zogen. Man sprach von einer possessio ad usucapionem, die auch als possessio civilis bezeichnet wurde, da sie allein im jus civile Wirkungen äußerte, man unterschied die possessio ad interdicta, praetore auctore, konstatierte den besondern Besitz des Pfandgläubigers, Prekaristen, Sequester und Emphyteuta. Da jedes dieser „genera possessionis" seine eigentümlichen Rechtswirkungen hatte, die sich nicht zu berühren brauchten, so hieß es, könne der Besitz an ein und derselben Sache auch mehreren Personen im Ganzen zustehen. Der eine genoß den Interdiktenschutz, der andere hatte den Ersitzungsbesitz; der verpfändete Gegenstand verblieb z. B. im Usukapionsbesitz des Verpfänders, aber den Interdiktenbesitz übte der Pfandgläubiger aus. Nicht anders verhielt es sich mit dem Besitz des precario dans und des Prekaristen. Auch der Besitz des widerrechtlichen Eindringlings durfte nicht willkürlich gestört werden, auch ihn schützten vorläufig die Interdikte, aber sollte diese „injusta possessio" jeden rechtmäßigen Besitz vernichten? Ließ sich nicht angesichts der mannigfachen Wirkungen der possessio sagen, daß beide Interessenten besäßen, der eine juste, der andere injuste?[1]

2. Die spätere philosophierende Jurisprudenz dachte über

3) Das Wesen des Besitzes hat Goethe treffend im 12. Buch von Wahrheit und Dichtung erfaßt, indem er von den Reichskammergerichten sagt: „Frisch arbeiteten sie weg, was kurz abgetan werden kann und muß, was über den Augenblick entscheidet oder was sonst leicht beurteilt werden kann. Die Sachen von schwerem Gehalt, die eigentlichen Rechtshändel, blieben hingegen im Rückstand, und es war kein Unglück. Dem Staate liegt nur daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei; ob man mit Recht besitze, kann ihn wenig kümmern" vgl. Sokolowski a. a. O. Bd. 2 Kap. 1 die kulturelle und rechtl. Bedeutung der Interdikte.

1) Vgl. über diesen Schulstreit in der l. 3 §§ 4, 5 D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2 Sokolowski a. a. O. S. 131 ff.

diese Fragen anders. Sie betrachtete den Besitz zunächst a priori, d. h. von seiner begrifflichen Seite und abgesehen von allen rechtlichen Wirkungen. Man faßte den Besitz nicht als Rechtsstatus, sondern als Naturzustand ins Auge, welcher der Rechtsordnung und ihrem Schutze vorausgeht. Dies ist das sog. „corpus" oder, wie man es vom subjektiven Standpunkt aus bezeichnete, die „naturalis possessio." Das corpus ist eine Naturerscheinung, welche als solche nicht nur die menschliche Welt betrifft; es erstreckt sich ebenso auf Tiere, Pflanzen und überhaupt alle körperlichen Dinge. Der Vogel besitzt sein Nest, der Bär seine Höhle, die Pflanze den Wurzelboden. Ob ein Tier oder ein Mensch sich auf einem Grundstück befindet — corpore in fundo esse — ist gleichgültig.[2] Unter diesen natürlichen Zuständen können aber rechtlich nur diejenigen in Betracht kommen, welche den Menschen, das einzig mögliche Rechtssubjekt betreffen. Der klassische Jurist bezeichnet den Besitz als eine positio oder κατοχή der Sache, die auf den Menschen Bezug nimmt.[3] Das besondere Verhältnis des Menschen zur Sache, zu ihrer objektiven positio wird hergestellt durch den animus. Wie das corpus die Berührung des Körpers mit dem Körper bedeutet, so ist der animus die Erfassung des Begriffes der Sache im Geist oder „die Berührung des Geistes mit dem Gedachten".[4] Der animus ist nach der antikmetaphysischen Auffassung keine ethische, sondern eine geistige Funktion, nicht das Wollen, sondern das Wissen — scientia, intellectus, consilium, während der Mangel des animus possidendi als ignorantia bezeichnet wurde.[5]

3. Der animus ist eine geistige Funktion; wer daher einer klaren Vorstellung nicht fähig ist, kann nicht besitzen. Kindern unter sieben Jahren sprach schon die altrömische Auffassung das Vermögen ab, vernünftige Gedanken zu fassen und auszudrücken — nullum intellectum habent. Später wurde diese Fähigkeit bei den Pupillen überhaupt in Frage gezogen; sie sollten daher streng genommen auch keinen Besitz ausüben. Es kommen hier aber nicht die allgemeinen Rechtsnormen über die Handlungsfähigkeit zur Anwendung, sondern jeder einzelne Fall war darauf zu prüfen, ob die begrifflichen Erfordernisse des Besitzes vorlagen. Kinder, welche im konkreten Fall den notwendigen intellectus erkennen ließen, galten auch als des animus und des persönlichen Besitzes fähig.[6] Den intellektlosen Minderjährigen wurden die Geisteskranken gleichgestellt.[7]

---

2) Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 150 ff.

3) l. 1 pr. D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum: Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.

4) Über den animus oder intellectus als geistige Kategorie vgl. Sokolowski a. a. O. S. 135 ff. und namentlich die in Anm. 278 zitierten antiken Philosophen.

5) l. 1 §§ 3, 9 D. h. t. 41, 2 „habere intellectum possidendi", l. 18 § 3, l. 28, l. 44 § 1 D. eod., vgl. l. 76 D. de R. J. 50, 17; l. 4 §§ 8, 11, l. 44 § 7 D. de

Zweites Kapitel.

Die Arten, Subjekt und Objekt des Besitzes.

§ 145. Die Arten des Besitzes — possessio suo und alieno nomine.

Seit Savigny[1] wird vom unmittelbaren animus rem sibi habendi ein sog. animus repraesentandi unterschieden. Der animus sollte bald als Eigentümerwille, bald als Vertreterwille funktionieren. Man hat danach vom Besitz im eigenen Namen oder dem Eigenbesitz die bloße Detention oder Innehabung unterschieden. Das Wesen der Detention besteht darin, daß der Detentor die Sache in fremdem Namen innehat, indem er dieses Verhältnis zugleich auf eine rechtlich anerkannte Basis, die causa, stützt.

Indessen die possessio alieno nomine unterscheidet sich in ihrer begrifflichen Konstruktion in nichts vom Eigenbesitz; der Unterschied ist rechtlicher Natur und wird bedingt durch die causa, als einer rechtlichen Schranke. Vom Rechtsstandpunkt aus hat der Detentor mehr als der Besitzer, aber dieses rechtliche Plus ist begrifflich ein Minus; es stellt ihn von vornherein unter die Rechtsordnung und entzieht seiner Stellung jene Ursprünglichkeit, welche die natürliche Stärke des Eigenbesitzes ausmacht. Der Eigenbesitzer erkennt nichts über sich an und braucht auch, solange er seinen Zustand behauptet, nichts über sich anzuerkennen.[2] Jene prinzipielle Ungebundenheit veranlaßte schon die klassischen Juristen seine Stellung mit der rechtlich sanktionierten des Eigentümers zu vergleichen, weil dieser das schrankenloseste dingliche Recht vertrete. Die Detention ist regelmäßig ein Rechtsverhältniß, der Besitz ein sozialer Zustand.

Die causa der Detention hatte bald einen universellen, bald einen speziellen Charakter, je nach der rechtlichen Stellung des Detentors und dem Rechtsverhältnis, das ihr zugrunde lag.

1. Einen universellen Charakter hatte sie in der Hausgewalt. Haussöhne und Sklaven konnten nach ihrer rechtlichen Stellung nicht be-

usurp. et usuc. 41, 3; l. 2 §§ 10, 11 D. pro emptore 41, 4. Umgekehrt heißt ignorantia der Mangel des animus, vgl. l. 13 §§ 3, 12, l. 25 pr., l. 46 D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2; siehe Sokolowski a. a. O. Anm. 296 und die dort Zitierten.

6) l. 1 § 3 D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2. Paulus libro 54 ad edictum: . . si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant; vgl. l. 29 D. eod.

7) l. 14 § 1, l. 18 § 1, l. 27 D. h. t. 41, 2; l. 4 § 3, l. 44 § 6 D. de usurp. et usuc. 41, 3.

1) Das Recht des Besitzes § 9; ihm folgen u. a. Puchta, Pandekten § 125, Keller, Pandekten § 118, Vangerow Bd. 1 § 200 Anm. 1, Bruns, das Recht des Besitzes § 2, Arndts § 135, Brinz Bd. 1 § 139 und Windscheid Bd. 1 § 149.

2) Sokolowski a. a. O. S. 164 ff. Schon Ihering — Besitzwille — hat die Savignysche Scheidung zwischen animus domini oder rem sibi habendi und animus repraesentandi angefochten, ihm schlossen sich andere an, so Vermond, théorie générale de la possession S. 23 ff., 290 ff., ferner Pininski a. a. O. Bd. 2 S. 196 ff., Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 230 ff., Baron in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 196 ff.

sitzen, was nicht anderen Personen — den Gewalthabern — gehörte.[3] Sie waren kraft ihres Status Detentoren in jeden einzelnen Besitzfall, der an sie herantrat.

Aber die Hausgewalt mußte als einziger Rechtsgrund — causa — der Detention eine rechtlich begründete sein, kein bloß tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis; durch physische Gewalt ihrer Freiheit beraubte Personen übten für denjenigen, der sich ihrer bemächtigt hatte, keine Detention aus, da Gewalt kein rechtlicher Titel ist.[4]

Nächstdem gab es dauernde Beziehungen, welche auch Gewaltfreie zu Besitzorganen des Eigenbesitzers machten. Diese Stellung nahm der römische Prokurator ein, er war ein Werkzeug seines Prinzipals, durch seine Handlungen vollzog sich ein unmittelbarer Zuwachs zum Vermögen des Herren. Nicht selten wurde er deshalb mit dem servus peculiaris verglichen[5]

Ein notwendiges Wirtschaftsorgan des Pupillen war der Vormund, auch er erwarb den Besitz in der Mehrzahl der Fälle unmittelbar ex re pupilli oder kraft seiner auctoritas, indem er den fehlenden intellectus possidendi des Mündels ergänzte.[6]

2. Neben diesen causae mit universellem Charakter war in jedem einzelnen Detentionsfall dasjenige spezielle Rechtsverhältnis maßgebend, welches für den Vertretenen bestand. Der Vertreter galt in solchen Fällen in dem Maße als Detentor, als das Rechtsgeschäft, in welchem er für einen andern handelte, dem Vertretenen eigenen Besitz verschaffte. Sobald der dritte dem Vermittler die Sache ausdrücklich für den Vertretenen übergeben hatte, war der Vertreter gezwungen sich als Detentor zu bekennen und sich unter die Wirkung desjenigen Rechtsverhältnisses zu stellen, an welchem er aktiv teilnahm. Hier ist nicht der Wille des Vertreters maßgebend, sondern seine Vorstellung, die er auf Grund jenes Kausalverhältnisses von seiner Beziehung zur Sache haben mußte.[7]

---

3) l. 49 § 1 D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2.

4) l. 23 § 2 D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2.

5) Pauli sent. V 2 § 2; vgl. ferner l. 41 D. de usurp. et usuc. 41, 3, Gaj. Inst. II § 95. Schloßmann, der Besitzerwerb durch Dritte 1881 S. 47 ff., Sokolowski a. a. O. Anm. 339—341; vgl. oben § 106, Anm. 2.

6) l. 13 § 1 D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2, l. 1 § 20 D. eod. vgl. l. 11 § 6 de pigner. act. 13, 7, l. 21 § 1 D. de pecul. 15, 1; siehe auch Lenel in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 89 ff.; Girard, manuel S. 271.

7) Freilich, wo die Erklärung des dritten Kontrahenten und des Vertreters auseinandergehen, wird auch die causa hinfällig und der vom Dritten genannte Name bedeutungslos. Der Vertreter vereitelt hier das Rechtsgeschäft, und wurde ihm die Sache trotz dieses offenen Widerspruchs übergeben, so betritt er außerhalb jeder kausalen Beziehung die Bahn des freien Besitzes. Mag der Erwerb auch ungerecht, die possessio eine injusta sein, das tut nichts zur Sache, da Eigenbesitz keine rechtliche Schranke kennt. Mit Recht verglichen die Alten die Lage des freien Stellvertreters in einem speziellen Geschäft mit derjenigen des servus communis beim Besitzerwerb. Auch der servus communis konnte je nach seinem consilium den Erwerb der Sache unter den condomini regeln. Diese Befugnis fällt aber fort, sobald zwischen dem dritten Kontrahenten und einem condominus eine spezielle causa besteht, die auch den Sklaven als Mittelsperson bindet. So ist der scheinbare Widerspruch zwischen l. 13 D. de donat. 39, 5 — Ulpian

3. Wie verhält es sich mit dem Schutz, welcher dem Besitz des Detentors zuteil wird? Der Detentor mußte auf jeden Vorzug verzichten, der sich mit seiner causa nicht vertrug. Diese causa hatte möglicherweise mit dem Interdiktenschutz nichts zu tun, sie wies vielleicht auf Rechtsverhältnisse hin, deren Verwirklichung und Schutz bereits in anderer Weise geregelt war, aber prinzipiell wurde der Interdiktsapparat dem Detentor keineswegs entzogen.[8] Das Interdikt und die possessio waren nach Ursprung und Entwicklung voneinander unabhängig. Man konnte aus bestimmten Gründen den Interdiktenschutz beim wahren Besitz ausschließen, man gewährte ihn dort, wo ein wahrer Besitz garnicht vorlag. Der Prekarist[9], der Pfandgläubiger[10] und der Sequester[11] sind ohne Zweifel Detentoren, sie besitzen alieno nomine und wurden dennoch im Falle einer faktischen Störung von außen her des Interdiktenschutzes gewürdigt. Daneben standen dann wieder zahlreiche Detentionsfälle, in bezug auf welche das Interdikt nicht zur Anwendung kam. Die Prätoren der Republik banden sich bei der Erteilung des Interdiktenschutzes an keine Besitztheorie und im gegebenen Sachstatus verteidigten sie auch viele Detentionsfälle.[12] Mit Recht hat daher die moderne Theorie

— und l. 37 § 6 D. de adquir. rer. dom. 41, 1 — Julian — zu erklären; vgl. Sokolowski a. a. O. Anm. 334 und die dort Zitierten.

8) Anders die bisher herrschende von Savigny begründete Lehre; vgl. dagegen Sokolowski a. a. O. S. 183 ff.

9) Gegenstand des Prekarium waren vorzugsweise Grundstücke, aber auch Mobilien — l. 4 pr. D. de precario 43, 26 — und Gerechtigkeiten — l. 5 § 2 D. eod. Seit ältester Zeit diente das Prekarium dem Adel dazu, Klienten an sich zu fesseln, von denen er gegen Überlassung von Land Unterwürfigkeit, Treue, Waffengenossenschaft erwarten durfte; in der Kaiserzeit mögen auch, wie Max Weber, röm. Agrarverfassung S. 244 vermutet, die römischen Großgrundbesitzer sich durch solche Überlassung an Ansiedler einen Stamm ländlicher Arbeiter gesichert haben. Das Verhältnis, jederzeit lösbar, war tatsächlich meist dauernd, l. 8 § 7 D. eod. Daher fühlte sich der Prekarist als der Herr seines Besitztums und wurde wie ein solcher in der Gesellschaft und vom Rechte respektiert. Als Herr sah sich auch bereits der Käufer an, welcher vor Zahlung des Kaufpreises precario in die Kaufsache eingewiesen war, l. 20 pr. D. eod. — wie auch der verschuldete Pfandschuldner, welchem der Pfandgläubiger den auf ihn übergegangenen Besitz precario beließ — l. 11 D. eod. — Über Prekarium vgl. Ihering, Besitzwille S. 399, Scialoja, del precarista in per l' VIII· centenario della u. di Bologna studi giuridici e storici. — Heutzutage sind Fälle des Prekarium selten. Doch findet Weber, Verhältnisse der Landarbeiter 1893 S. 773 eine moderne Art des Prekariums darin, daß im Osten Deutschlands häufig Gutsherren ländlichen Arbeitern unentgeltlich und widerruflich Kartoffelland überlassen, um sich deren Dienste gegen üblichen Tagelohn zu sichern. Wem bloß der Aufenthalt in der fremden Sache prekaristisch erlaubt wurde, ist natürlich nicht Besitzer. Wir verstatten z. B. einem Nachbarn Zutritt zu unserem Park, l. 6 § 2 D. de precaris 43, 26. „qui rogavit, ut in fundo moretur, non possidet", l. 10 § 1 D. h. t. 41, 2.

10) Der Verpfänder besitzt daneben „ad usucapionem", d. h. die Ersitzung läuft ihm fort, trotzdem daß die Sache nicht mehr in seiner Hand, sondern in der des Pfandgläubigers ist. l. 16 D. de usurp. 41, 3. Javolenus libro 4 ex Plautio: Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio ejus qui pignori dedit. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 50 ff.

11) Über den Begriff der Sequestration vgl. l. 17 pr. D. depositi 16, 3; ferner Voigt, Besitz des Sequesters, Nikonoff, die Lehre v. d. Sequestration 1894.

und Praxis nach heutigen Bedürfnissen den Besitzschutz auch solchen Detentoren gewährt, denen — wie z. B. dem Pächter und Mieter — die Römer die Interdikte aus sozialen Gründen versagten.

§ 146. Subjekt und Objekt des Besitzes.

1. Subjekt des Besitzes konnten nur intellektsfähige Menschen sein. Sklaven entbehrten in Rom der Fähigkeit des Eigenbesitzes, weil sie nach positivem Rechtssatz nur Detentoren für ihre Herren waren; aus dem gleichen Grunde galten auch Hauskinder als unfähig für sich zu besitzen,[1] bevor durch Entwicklung des Pekulienwesens ihre vermögensrechtliche Selbständigkeit angebahnt wurde; nach Justianischem Recht waren sie vermögens- und besitzfähig.

2. Gegenstand des Besitzes sind zunächst körperliche Sachen.[2] Weil die geistige Vorstellung des animus als auf die Sache im Ganzen gerichtet galt, so war an ungetrennten Teilen einer Sache besonderer Besitz nicht möglich. Besessen wird das Ganze als einheitlicher Begriff, nicht die körperlichen Teile, welche in ihm aufgehen. Die universitas fundi wird besessen,[3] außer dem Hause besitzt man nicht dessen Öfen, Treppen, Fenster als Mobilien. Der besondere Besitz am Baumaterial geht durch dessen Einfügung in das Haus unter.[4]

---

12) Andererseits wird der Interdiktenschutz Eigenbesitzern versagt, so dem Pfandschuldner, l. 16 D. usurp. et usuc. 41, 3; freilich Savigny — a. a. O. S. 298 ff. — hat den Besitz des Pfandschuldners einfach geleugnet, es werde zu seinen gunsten nur ein Ersitzungsbesitz fingiert; indessen liegt für eine solche Fiktion ein zwingender Grund vor? Gegen ihn schon Witte in Lindes Zeitschr. N. F. Bd. 18 S. 237 ff., Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des röm. Rechts S. 63, Bekker, das Recht des Besitzes S. 163 ff. Vgl. Sokolowski a. a. O. Anm. 363.

1) l. 49 § 1 D. h. t. 41, 2. Papinianus libro 2 definitionum: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et juris est. Über den Besitzerwerb durch Erbschafts- und Munizipalsklaven vgl. l. 1 § 5 D. h. t. 41, 2, l. 45 § 1 D. de usurp. et usuc. 41, 3; l. 1 § 22 D. h. t. 41, 2, l. 2 D. eod., l. 7 § 3 D. ad exhib. 10, 4.

2) l. 3 pr. D. h. t. 41, 2. Possideri autem possunt quae sunt corporalia.

3) l. 2 § 6 D. pro emptore 41, 4 quoniam universitas (fundi) possideatur, non singulae partes. Sokolowski a. a. O. S. 190.

4) Diese Sätze entsprechen der Logik. Sie werden auch von den römischen Juristen mit Bestimmtheit vertreten. l. 23 pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3. Javolenus libro 9 epistularum: Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur . . . l. 1 § 1 D. de tigno juncto 47, 3 am Schluß. In der l. 30 pr. D. a. v. a. p. 41, 2 ist wohl nur von Sachen die Rede, welche sich im Hause befinden, sie gehört also nicht hierher. Im Widerspruch mit den Grundsätzen, von denen Javolenus ausgeht, steht scheinbar l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3. Pomponius libro 30 ad Sabinum: Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. In dem von Labeo besprochenen Rechtsfalle handelte es sich nur noch um zehn Tage, die

Es werden auch Objekte besessen, bei welchen bloß die begriffliche Seite ihres Daseins bestimmt ist, während ein dem Wesen der Sache genau entsprechendes, konkretes körperliches Substrat nicht vorliegt; es genügt dann irgendein physisches Moment, welches als corpus Gegenstand körperlicher Einwirkung sein kann. Hierauf gründeten die klassischen Rechtslehrer den Besitz an den ideellen Teilen einer Sache; gefordert wurde nur, daß der Besitzer eine genaue Kenntnis von der Größe dieser intellektuellen Teile der Sache habe, das Nichtwissen — ignorantia — stände hier dem intellectus oder animus hindernd im Wege, insofern der geistigen Vorstellung ein klares Bild vom Objekt mangelte.[5] Das corpus eines solchen Besitzes besteht in der Möglichkeit, den tactus an irgendeiner Stelle der intellektuell geteilten Sache auszuüben.[6]

Drittes Kapitel.

Entstehung und Untergang des Besitzes.

§ 147. Erwerb und Verlust des Besitzes.

1. Entstehung, Dauer des Besitzes. Der Besitz an sich hatte nach Auffassung der römischen Juristen mit dem rechtlichen Anspruch auf

zur Usukapion erforderlich waren. Es ist aber klar, daß das Entscheidende nicht in der Zeit von zehn Tagen liegt, sondern darin, daß die Säule, welche man bislang als solche besaß, in das Haus, welches man besitzt, verbaut ist. Nach unserer Ansicht will Labeo nicht den Untergang des besonderen Besitzes an der Säule infolge ihrer Verbindung leugnen. Vielmehr liegt einer der Fälle vor, in welchen sich die Ersitzung während einer Zeit vollendet, in welcher die Sache nicht im Besitze des Usukapienten war Es handelt sich also um eine Besonderheit des Ersitzungsrechtes, nicht um eine Anomalie in der Gestaltung der Lehre des Besitzes. Die Ansichten sind freilich sehr geteilt. Eine Zusammenstellung gibt Vangerow Bd. 1 § 204 Anm. 2. Vgl. hierzu die gutgeschriebene Inauguraldissertation von Hackfeld-Pflüger, Besitz und Ersitzung von Teilen einer Sache 1886, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 500, Perozzi, sul possesso di parti di cosa in per l' VIII centenario della u. di Bologna studi giuridici e storici 1888, Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 290, Czyhlarz, Festschr. für Unger 1897. Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 137 ff. Werden Mobilien zusammengefügt, nicht so vereinigt, daß die eine in der anderen aufgeht, so bleibt der besondere Besitz an ihnen bestehen. In der oben zitierten l. 30 § 1 D. de usurp. 41, 3 fährt Pomponius libro 30 ad Sabinum fort: quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verius est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. Paulus freilich in der l. 6 und Ulpian in l. 7 §§ 1 und 2 D. ad exhibendum 10, 4 gehen, wie es scheint, davon aus, daß nur das Ganze und nicht die verbundenen Mobilien in dem Ganzen besessen würden. Diese Auffassung ist zwar die folgerechte, aber die von Pomponius ist praktischer.

5) l. 3, § 2, l. 26 D. h. t. 41, 2: incerta autem pars nec tradi nec capi potest . . . nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest, l. 43, pr. D. de usurp. et usuc. 41, 3, Sokolowski a. a. O. Bd. 2 Anm. 380 und die dort Zitierten. Inwiefern auch Besitz an Sachgesamtheiten anerkannt wurde vgl. Sokolowski ebenda S. 194 ff.

6) Vgl. oben S. 114, 297 und l. 3 § 1 D. h. t. 41, 2.

die Sache nichts zu tun. Er bestand in einer unmittelbaren Beziehung der Person zum Begriff der Sache — εἶδος — und zu ihrem physischen Substrat — corpus. In diesem Sinne forderten die Alten zur Begründung des Besitzes den animus und das corpus auf seiten des Erwerbers. Der animus war ihnen keine Willens- oder Gemütsstimmung, er galt als objektives Besitzeselement und als realer Begriff mußte er wahrnehmbar sein, eventuell auch bewiesen werden können. Wer sich auf den Besitz in einem gewissen Zeitpunkt berief, hatte darzutun, daß nicht nur ein „tactus" mit dem physischen Substrat der Sache bestand, sondern, daß dieses körperliche Verhältnis begleitet war von der geistigen Vorstellung einer Beziehung zur Sache im Ganzen oder zu einem bestimmten Teil. Bewußtlosigkeit, Geistesstörung oder Mangel jeder Fähigkeit, eine geistige Vorstellung zu fassen, standen trotz körperlicher Berührung dem Besitzerwerb entgegen.

Diese Tatsache konnte eine wahrnehmbare Handlung des Erwerbers oder eines anderen sein — z. B. die Übergabe der Sache,[1] zu welcher der Besitzer durch direkte oder konkludente Äußerung Stellung genommen hatte.

Hinsichtlich der apprehensio corpore forderte die ältere Zeit sichtbare, reale Vorgänge. Das Überwiegen der geistigen Vorstellung — des

1) Manche Schriftsteller fassen die Tradition des Besitzes als Begründung einer Sukzession auf. So namentlich Brinz, possessionis traditio in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 n. 2. Neuerdings verteidigt die Idee der Sukzession Strohal, Sukzession in den Besitz, 1885 und auf Grund der mittelalterlichen Entwicklung Biermann, traditio ficta S. 144, 395. Vgl. auch Pininski, Sachbesitzerwerb 1885 ff. Bd. 2 S. 1 ff.; Hirsch a. a. O. § 15 Tartufari Bd. 1 S. 40, 77, Hruza in Grünhuts Zeitschr. Bd. 24 S. 270. Mit Recht betont Strohal, daß der Besitzerwerb im Fall der Tradition durch den bisherigen Besitzer sich weit leichter verwirkliche als bei einseitiger Okkupation. Doch dies ist nicht Folge einer rechtlichen Sukzession, sondern der tatsächlichen Sachlage, kraft deren sich Tradent und Erwerber regelmäßig gegenseitig unterstützen. Die Aufeinanderfolge ist eine bloß zeitliche, keine rechtliche. Es liegt auch keine Sukzession in dem Sinne vor, daß der Besitz des Erwerbers mit dem Besitze des Tradenten identisch und von ihm abhängig ist. Der Empfänger wird auch dann Besitzer, wenn der Tradent die übergebene Sache nicht besitzt, z. B. bloßer Detentor war. Bezüglich der Tradition von Immobilien bestanden Zweifel. Sie konnte sich zweiseitig auf den Grundstücken selbst vollziehen oder auch aus der Nähe, z. B. von einem Turm des Nachbargrundstückes aus; l. 18 § 2 D. h. t. 41, 2 vgl. l. 3 § 1 D. eod., Pininski a. a. O. Bd. 1 S. 307. Oft erklärte der Veräußerer die Grundstücke auch entfernt von ihnen in der Verkaufs- oder Schenkungs- oder sonstigen Urkunde dem anderen Teile zu überlassen, worauf dieser einseitig deren Besitz ergriff. Die übliche urkundliche Formel war „in rem ire, ingredi possidere permisimus". So regelmäßig war in Rom ein derartiges schriftliches Bekenntnis, daß der Zweifel auftauchte und schwer zu beschwichtigen war, ob man ohne solche Urkunden Besitz durch Tradition erwerben könne. Freilich reskribierte Alexander Severus in der l. 2 C. de adquir et retin. poss. 7, 32: licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es. Dennoch mußte dasselbe häufig, insbesondere auch von Diokletian eingeschärft werden, l. 12 C. de prob. 4, 19, l. 22 pr. C. de c. e. 4, 38. Pininski a. a. O. 317. Vgl. über diese Weise der Tradition Esmarch vacuae possessionis traditio 1873. Diese Besitznahme ging dann wieder nach den Umständen verschieden vor sich. Bei geschlossenen Grundstücken, insbesondere Häusern und landwirtschaftlichen Höfen bedurfte es des Einzugs des Erwerbers oder eines Vertreters desselben, l. 48 D. h. t. 41, 2; bei offenen, z. B. einer Ackerparzelle oder einer Wiese, genügte die Annahme der Übergabeerklärung oder eine Mitteilung an Orts- und Steuerbehörden.

animus — bei den späteren Juristen führte dahin, auch das corpus unter gewissen Umständen zu vergeistigen; der Besitz galt als erworben, wenn man *nach den gewöhnlichen Verhältnissen auf die tatsächliche Verfügung über das Objekt rechnen konnte*. Diese Beziehung zur Sache bezeichneten die Alten mit dem Ausdruck potestas oder custodia.[2]

Der ordnungsmäßig begründete Besitz galt als *fortdauernd* so lange, als die bei seiner Entstehung erforderlichen Elemente des corpus und animus nicht beseitigt waren. Daher kann der bestehende Besitz auch nach Verlust des corpus durch den animus allein aufrechterhalten werden.[3]

2. Wie der Erwerb des Besitzes wird auch sein *Untergang* beurteilt. Wer keine geordnete geistige Vorstellung zu fassen imstande ist — z. B. der Geisteskranke — kann sich ebensowenig von einem Besitz lossagen, wie neuen erwerben. Ein mit klarem Bewußtsein begründeter *Besitzzustand wirkt fort, solange er nicht auch in klarer geistiger Vorstellung aufgehoben wurde*.[4] Ebensowenig kommt gegen einen Besitzer, der seinen animus festhält, ein *fremder Eindringling* auf. Mit dem Besitz des letzteren wird gerade nur soweit gerechnet, als sein *unmittelbarer physischer Kontakt* mit der Sache z. B. dem Grundstück reicht, auf das Ganze, welches der animus des bisherigen Besitzers noch als geschlossenen Begriff umfaßt, erstreckt sich seine possessio nicht.[5]

3. Der Besitz erlischt endlich durch den *Tod des Besitzers*; der Erbe bedarf einer neuen Besitznahme.[6] Die Aufhebung der Verkehrs-

2) l. 55 D. de adquir. rer. dom. 41, 1, l. 3 §§ 13, 14 D. h. t. 41, 2, vgl. l. 18 § 2, l. 47 D. eod. Die praktischen Beispiele einer solchen Herrschaft ohne unmittelbaren „tactus" sind in den Quellen zahlreich. Es genügt zum Erwerb des Besitzes an Mobilien bloße Bewachung, der Schirm unserer Räume, vor allem Wohnung, Magazine, Ställe, Hof oder Gärten. Ebenso das Bezeichnen von Mobilien mit einem Stempel oder einer Marke; l. 15 § 1 D. de per. et commodo 18, 6. Auch Einhändigen der Schlüssel zum Ort, wo verkaufte Sachen lagern, macht den Empfänger zum Besitzer. Daß der Lagerraum in unmittelbarer Nähe sei, wird nicht gefordert; anders freilich Papinian l, 74 D. de contr. empt. 18, 1 — claves apud horrea traditae; die freiere Auffassung hat Paulus vgl. l. 1 § 21 D. h. t. 41, 2. Exner, Tradition S. 100 Anm. 33, Klein a. a. O. S. 40, Tartufari a. a. O. Bd. 1 S. 100 treten für Papinians Auslegung ein, gegen Papinian mit Recht Biermann, traditio ficta S. 398.

3) Nach den Gesetzen der antiken juristischen und philosophischen Logik kann ein gegebener Zustand nur dadurch aufgelöst werden, daß alle bei seiner Entstehung erforderlichen Elemente beseitigt werden. Das folgt aus dem Prinzip des contrarius actus: l. 46 D. h. t. 41, 2 Papinianus libro 23 quaestionum: Ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio *quae solo animo tenetur*. Vgl. l. 153 D. de R. J. 50, 17, l. 8 D. h. t. 41, 2. Dagegen mit Unrecht Baron in Jherings Jahrb. Bd. 7 S. 57 ff.

4) l. 27 D. h. t. 41, 2: furiosus non potest desinere animo possidere; vgl. l. 44 § 6 D. de usurp. et usuc. 41, 3: Geisteskrankheit des Besitzers unterbricht nicht die Fortdauer des ordnungsmäßig begründeten Ersitzungsbesitzes.

5) l. 18 §§ 3, 4 D. h. t. 41, 2 . . . eam tantummodo partem (fundi) quam intraverit optinet; vgl. l. 23 § 2 D. eod., l. 1 § 47 D. de vi et de vi armata 43, 16. Pininski a. a. O. Bd. 1 S. 195 ff. und Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 32 S. 596 ff.

6) l. 23 D. h. t. 41, 2, l. 30 § 5 D. eod. Vgl. Cosack, der Besitz des Erben, Weimar 1877, und die ausführliche Darstellung bei Tartufari a. a. O. Bd. 1 S. 398. Die Ersitzung läuft indes nach dem Tode des Ersitzenden weiter, so lange sich nicht etwa ein Dritter in den Besitz setzte; l. 30 pr. D. ex quib. caus. 4, 6. Paulus 12 ad edictum: quia possessio defuncti quasi injuncta descendit ad heredem.

fähigkeit der besessenen Sache[7] beendigt den Besitz wie deren Untergang.[8] Bloße Veränderung der Sache ist kein Endigungsgrund. Der Besitz kann auch durch Stellvertreter erworben und durch ihre Vermittlung aufgegeben werden. Zum Erwerb des Besitzes wird gefordert, daß der Stellvertreter einer klaren geistigen Vorstellung — des animus — fähig sei und die Absicht habe, den Besitz für den Herrn zu erwerben, ferner muß er die Sache in seine Gewalt gebracht haben.[9] Der Stellvertreter steht aber regelmäßig in einer rechtlich anerkannten Beziehung zum wahren Besitzer und diese „causa" kann nicht durch willkürlichen Entschluß des Vertreters geändert werden, es muß hierfür ein neues Rechtsverhältnis kraft objektiver Tatsache an die Stelle des alten treten. Das bedeutete der Satz „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest".[10] Der Vertretene verliert also seinen Besitz keineswegs, wenn der Stellvertreter ohne objektive Änderung des ursprünglichen Besitzgrundes etwa den Entschluß faßt, nicht mehr für seinen Herrn, sondern für sich in eigenem Namen zu besitzen.

Trotz der Stellvertretung ist immer noch der animus des Besitzers maßgebend. Der Besitz geht daher nicht verloren, wenn der Vertreter z. B. der Pächter oder Verwalter stirbt, geisteskrank wird oder die Detention aufgibt, etwa vom Pachtgut fortzieht.[11] [12] Ebensowenig verliert der Vertretene seinen Besitz, wenn der Stellvertreter die Sache arglistig oder nachlässigerweise an einen Dritten verrät; letzterer erlangt den Besitz daher erst dann, wenn der bisherige Besitzer vom Vorgang erfährt und die Be-

---

7) l. 30 § 1 D. h. t. 41, 2.

8) l. 30 § 4 D. h. t. 41, 2.

9) Der Stellvertreter kann den körperlichen Besitz wiederum durch einen anderen haben. Kein Zweifel ist, daß ich besitze, wenn ich meinem Mandatar aufgebe, ein bestimmtes Pferd für mich zu kaufen und dieser es durch seinen Stallknecht abholen läßt, ohne Rücksicht darauf, ob der Stallknecht weiß, daß sein Herr den Besitz des Pferdes für mich erwerben will.

10) l. 3 § 19, l. 19 § 1 D. h. t. 41, 2, l. 33 § 1 D. de usurp. et usuc. 41, 3, l. 1 § 2 D. pro donato 41, 6, l. 10 in fin. D. si poss. heredit. pet. 5, 4; vgl. Liebe, der Besitz in Thesi, 1876 S. 26 ff., Savigny a. a. O. S. 82 ff., Baron in Iherings Jahrb. Bd. 7 S. 154 ff. und Bähr in ders. Zeitschr. Bd. 26 S. 327.

11) l. 40 § 1 D. h. t. 41, 2, l. 25 § 1, l. 31 D. eod., l. 31 D. de dolo 4, 3. Der regelrecht begründete Besitz dauert auch hier fort, weil der Vertretene den animus und die Möglichkeit der Einwirkung bewahrt — origo und initium des Besitzes sind entscheidend — l. 6 pr. D. h. t. 41, 2. Freilich die Frage, ob der Besitz des Vertretenen fortbesteht, wenn der Detentor den Besitz aufgibt, war nicht unbestritten. Africanus l. 40 § 1 D. cit. und Pomponius l. 25 § 1 D. cit. sprachen sich in diesem Falle für Verlust des Besitzes aus, Proculus l. 31 D. 4, 3 cit. und Paulus l. 3 § 8 D. h. t. 41, 2 für seine Erhaltung.

12) Dem widerspricht scheinbar l. 1 § 22 D. de vi 43, 16 und l. 44 § 2 D. h. t. 41, 2, wonach der Vertretene auch ohne sein Wissen — ignorans — den Besitz an einen dritten Okkupanten verliert, sofern der Vertreter von der Okkupation erfährt, sie duldet oder beim Versuch der Wiedererlangung scheitert. Hier ist aber durch die erfolgreiche Beseitigung des Vertreters tatsächlich auch dem Vertretenen die Möglichkeit entzogen, über das Objekt zu verfügen und nur durch Interdikte kann seine Herrschaft wieder hergestellt werden — mihi competere interdictum nemini dubium est; cf. l. 1 § 22 D. cit.

sitzergreifung durch den Dritten duldet oder nicht zu beseitigen vermag. Doch genügt es auch, wenn sich der bisherige Besitzer um den Besitz lange Zeit nicht kümmert.[13]

4. Der Besitzerwerb durch freie Stellvertreter war kaum anerkannt, als der scharfe Geist von Celsus daraus die Folge zog, daß sich eine Besitzübertragung schon durch den beiderseitig erklärten Willen vollzieht, wonach der bisherige Besitzer fortan für den anderen Teil besitzt.[14]

Die Erklärung ersetzt die körperliche Übertragung der Sache auf den Erwerber und deren Rückübertragung auf den bisherigen Besitzer zur Aufbewahrung, und da sich dieser Vorgang durch einen bloßen Beschluß — constituere — vollzieht, so pflegt man ihn constitutum possessorium zu nennen.[15] In der Regel geht die Absicht und der Effekt außer auf die Besitzübertragung zugleich auf die Übereignung der Sache.

Zugrunde liegt meist ein Doppelgeschäft, nämlich einmal ein Übereignungsgeschäft, z. B. Verkauf oder Schenkung, und zweitens ein sekundäres Geschäft, welches die weitere Innehabung des Tradenten rechtfertigt, z. B. Vorbehalt des Nießbrauchs oder einer Miete oder Vereinbarung eines Mandates oder eines Depositums.[16] Nicht richtig aber ist die Behauptung vieler neuerer Schriftsteller, daß die Hervorhebung oder gar die Gültigkeit beider Geschäfte Bedingung der Rechtsbeständigkeit des Besitzübergangs durch constitutum possessorium sei.[17] Vielmehr genügt der

---

13) l. 12 pr. C. de adquir. et retin. poss. 7, 32.

14) Celsus libro 23 digestorum, l. 18 pr. D. h. t. 41, 2. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cujus nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium. Vgl. l. 77 D. de rei vind. 6, 1 von Ulpian. Die Literatur ist umfassend: P. Verloren, het constitutum possessorium in het Romeinsche recht, Utrecht 1867; Ruhstrat, über das constitutum possessorium in Iherings Jahrb. Bd. 14 n. 7; die Gutachten von Exner, Behrend, Leonhard in den Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages — 1880 — Bd. 1 und die Verhandlung hierüber Bd. 2 S. 84 ff.; Leonhard in Gruchots Beiträgen Bd. 25 S. 514; Harburger, das c. possess. 1881; Biermann, das c. possess. Berl. Inaug.Diss. 1885; Hirzel, das const. poss. Züricher Inaug.Diss. 1893. Vgl. ferner Ihering, Besitzwille S. 210, Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 34, Kohler, Archiv für bürg. Recht Bd. 18 S. 1.

15) Über die Entstehung des Namens siehe Biermann, traditio ficta S. 51. Die mittelalterliche Jurisprudenz forderte die solenne Erklärung: constituo me possidere nomine alieno.

16) Vgl. l. 77 D. de rei vind. 6, 1, wo eine „Pacht", l. 28, l. 35 § 5 C. de donat. 8, 53, wo ein „Nießbrauch" vorbehalten wird. Da der Wille, in fremdem Namen zu besitzen, hier aus dem abgeschlossenen Geschäfte folgt, so spricht man in derartigen Fällen von einem „stillschweigenden" Konstitutum.

17) Sog. „causa detentionis". Exner, Tradition S. 143 führt aus, die Erklärung in fremdem Namen zu besitzen, „sei leere Formel, wenn nicht eine bestimmte causa vorliege, auf Grund deren die Detention der tradierten Sache beim Geber zurückbleibe". Vgl. gegen Exner vorzugsweise Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 327, Biermann, traditio ficta S. 371, siehe auch Kroschel, const. poss. im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 n. 7; Windscheid Bd. 1 § 155 Anm. 8b in den letzten Auflagen; Goldschmidt, Studien S. 14; RG. Bd. 19 S. 239, anders Bd. 5 S. 182. — Die Gegenansicht schien empfehlenswert, weil sie den Zweck verfolgte, Simulationen ent-

beiderseitige Wille, um den anderen Teil zum Besitzer zu machen. Dieser Wille muß natürlich subjektiv einen Grund haben, aber der Grund braucht nicht nachgewiesen zu werden; es ist auch nicht nötig, daß er rechtsgültig sei, es handele sich denn um verbotene, vom Recht schlechthin zu ignorierende Zwecke.[18] [19]

Das constitutum possessorium ist für den Verkehr kaum entbehrlich. Einige Beispiele sollen dies zur Anschauung bringen. Man kauft ein Pferd; sofortige Zahlung des Preises ist Bedingung des Handels; man will sie aber nur leisten, wenn man dessen Besitz und Eigentum gleichzeitig erlangt, und kann doch das Pferd wegen längerer Abwesenheit derzeit nicht abnehmen. Der Pferdehändler verbindet sich daher, es in der Zwischenzeit zu verpflegen, tradiert es aber sofort durch constitutum possessorium. Ein Gelehrter verkauft seine Büchersammlung an eine öffentliche Bibliothek gegen sofortige Zahlung, ohne sich des Gebrauches entschlagen zu wollen. Er übereignet die Bücher gegen die Zahlung und behält den lebenslänglichen Nießbrauch. Eine Bank endlich, welche die Geschäfte ihrer Kunden besorgt und deren Wertpapiere verwahrt, kauft für ihre Klienten Papiere als Einkaufskommissionär ein und teilt ihnen unter Angabe der Nummern mit, daß sie die Papiere in Depot genommen habe. Sie überträgt hiermit Besitz und Eigentum an den Geschäftsfreund und hat für ihn den Gewahrsam.[20] Häufig verfolgt freilich ein wirkliches oder vorgebliches constitutum possessorium unlautere Zwecke. Es soll namentlich oft dazu dienen, dem Gläubiger den Zugriff auf die Habe seines Schuldners zu entziehen, indem diese der Schuldner in simulierter Weise veräußert und sich durch scheinbares constitutum possessorium den Gebrauch als Mieter zu sichern sucht. Die freie Beweiswürdigung, welche der jetzige Zivilprozeß gewährt, ermöglicht dem Richter, auf Anrufen der Beteiligten solchen Dingen energisch entgegenzutreten. Es war aber nicht gerechtfertigt und nicht erforderlich, wegen solcher Mißbräuche dem constitutum possessorium in künstlicher Weise Schranken zu ziehen, wie dies z. B. das Bürgerliche Gesetzbuch getan hat.[21]

5. Ein Gegenstück des constitutum possessorium ist die traditio

---

gegenzutreten. In der Tat dient sie diesem Zwecke aber nicht. Denn wer simulierten Besitzübergang plant, dem ist es ein leichtes, außerdem ein Geschäft zu simulieren, z. B. Miete, welches der Rückhaltung der durch Erklärung übergebenen Sache zur Rechtfertigung dient.

18) Häufig behauptet man, daß in der Erklärung, man *tradiere* oder übereigne eine Sache, ein constitutum possessorium *nicht liege*. Man beruft sich hierfür auf die l. 48 D. h. t. 41, 2. Es ist dies jedoch viel zu allgemein. Die Fälle liegen sehr verschieden. Erklärt man z. B. ein Grundstück zu tradieren, so ist darin in der Regel nicht zugleich die Erklärung zu finden, daß man es fortan als Vertreter für den anderen Teil besitze; so l. 48 cit. Wer aber z. B. Staatspapiere verkauft und dem Käufer, ohne sie zu übersenden, schreibt, sie seien ihm übergeben, der besitzt sie fortan offenbar für den Käufer durch const. possessorium. Vgl. Bähr, Urteile des RG. S. 54.

19) Wenn der bisherige Besitzer durch einen Stellvertreter besaß, so erheben sich bezüglich des c. p. zwei Fragen: a) Kann der *Besitzer* den Besitz auch in diesem Fall durch c. p. übertragen? Es ergibt sich dies folgerecht aus unseren Ausführungen über die Stellvertretung beim Besitz. Dieser Ansicht ist auch RG. Bd. 11 S. 53; dagegen erklärt sich Bähr a. a. O. Bd. 26 S. 331. b) Kann der *Stellvertreter* durch c. p. *ohne Willen und Wissen dessen, für den er besitzt*, einem Dritten Besitz übertragen? Dies hat RG. Bd. 19 S. 239 bejaht. Jedoch schwerlich mit Recht; es steht im Widerspruch mit den Quellen und würde den Besitz an Objekten, welche wir durch einen Vertreter inne haben, äußerst prekär machen. Dagegen auch Biermann, traditio ficta S. 401, Kohler a. a. O. S. 4.

20) Vgl. auch § 7 des RGes. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896 (Depotgesetz).

21) BGB. § 930; Dernburg, Bürg.Recht Bd. 3 § 101.

brevi manu. Hierbei überträgt der bisherige Besitzer dem bisherigen Vertreter, z. B. seinem Pächter, den Besitz und in der Regel auch das Eigentum durch seine Erklärung. Auf Grund dieser Ermächtigung und infolge seines Entschlusses wird der bisherige Stellvertreter juristischer Besitzer.[22]

Viertes Kapitel.

Die Besitzklagen.

I. Allgemeines.

§ 148. Wesen der Besitzklagen.

1. Die römischen Besitzinterdikte zerfallen in drei Arten, nämlich in die interdicta retinendae, recuperandae und apiscendae possessionis.[1]

a) Die i. retinendae possessionis bezwecken *Erhaltung des bestehenden Besitzes*. Dahin gehört das i. uti possidetis zum Schutze des Besitzes an *Immobilien* und das i. utrubi zugunsten des Besitzes an *Mobilien*. Im justinianischen Rechte ist das letztere im ersteren aufgegangen. Seit dem Mittelalter nennt man das Rechtsmittel possessorium ordinarium; neben dasselbe trat seitdem das poss. summariissimum.

b) Die interdicta recuperandae possessionis bezwecken *Wiedererlangung verlorenen Besitzes*. In Rom gehörte hierher vorzugsweise das i. unde vi. An seine Stelle ist kraft des kanonischen Rechtes die Spolienklage getreten.[2]

c) Mannigfachster Art sind die i. apiscendae possessionis zur *Verschaffung eines Besitzes, welchen man bisher nicht hatte*. Solche Besitzklagen hat namentlich der Erbe behufs Erlangung

---

22) l. 9 § 5 D. de adquir. rer. dom. 41, 1, l. 62 pr. D. de evict. 21, 2, l. 9 § 9 D. de reb. cred. 12, 1, l. 9 § 2 D. de Publiciana act. 6, 2. Ebenso BGB. § 929 letzter Satz.

1) Gaj. Inst. IV § 143, § 2 J. de interdictis 4, 15, l. 2 § 3 D. de interdictis 43, 1. Über Besitzklagen vgl. Bruns, die Besitzklagen 1874, Duncker, die Besitzklage und der Besitz 1884, Pflüger, die sog. Besitzklagen des röm. R. 1890, Ubbelohde bei Glück, Serie der Bücher 43, 44 Teil 5 1896. Sokolowski a. a. O. Bd. 2 S. 88 ff.

2) Savigny a. a. O. § 42 hat das i. de precario unter die interdicta recuperandae possessionis eingereiht. So auch Windscheid Bd. 1 § 160 Anm. 17, Brinz § 184. Mit Recht haben sich Ihering, Besitzschutz S. 96 und Bruns, Besitzklagen S. 180 hiergegen erklärt. Die Römer selbst zählten das i. de precario nie zu den possessorischen Interdikten. Es unterscheidet sich von diesen vor allem wesentlich dadurch, daß die Einrede des Eigentums des Beklagten Platz greift, l. 4 § 3 D. de precario 43, 26. Dies ist im Widerspruch mit dem Charakter einer possessorischen Klage. Daß man die Einrede des Eigentums formell durch den Satz rechtfertigte, „rei suae precarium non esse", ändert hieran nichts. Die Literatur über die Frage siehe bei Windscheid Bd. 1 § 160 Anm. 17, vgl. auch Pflüger a. a. O. S. 153. Gegen Savigny neuerdings auch Ubbelohde a. a. O. S. 297 mit selbständiger Begründung.

der körperlichen Erbschaftssachen. Hierzu dient ihm das interdictum quorum bonorum und die Immission aus äußerlich fehlerfreiem Testamente, sowie das i. quod legatorum behufs Herausgabe legierter Objekte, die der Legatar eigenmächtig in Besitz nahm. Apiscendae possessionis ist ferner das i. Salvianum, mittels dessen der Verpächter den Besitz der vom Pächter auf das Pachtgut gebrachten, ihm verpfändeten Inventarstücke in Anspruch nimmt.

2. Das Gemeinsame der Besitzklagen ist, daß sie die Regelung des Besitzes als solchen zum Ziele haben. Es handelt sich bei ihnen nicht um die Frage des Rechtes, sondern nur um den Besitz.

Der Streit um Besitz und derjenige um Eigentum sind getrennt. Jeder verfolgt besondere Ziele. Die Besitzesklage darf durch den Streit um das Recht nicht aufgehalten werden. Daher ist gegenüber der Besitzklage die Einrede, daß der Beklagte Eigentümer sei, unzulässig.[3]

Wird das Eigentum des Klägers rechtskräftig anerkannt, so erledigt sich damit die Besitzklage.[4] Wer aber mit der Besitzklage unterliegt, ist nicht gehindert, nunmehr sein Recht zum Besitze gerichtlich geltend zu machen.[5] In diesem Sinne begründet die Entscheidung im Besitzprozesse nur ein Provisorium.

II. Die Klagen zur Erhaltung des Besitzes.

§ 149. Die besitzerhaltenden Interdikte.

1. Savigny betrachtete die interdicta retinendae und recuperandae possessionis als Deliktsklagen.[1] Er berief sich einmal auf das vom Prätor ausgesprochene „vim fieri veto“ beim interdictum uti possidetis, sowie auch darauf, daß die Klage aus dem Interdikte vom gewaltsamen Widerstand gegen den prätorischen Befehl ausging.[2] Wir wissen jetzt, daß jener Ausspruch des Prätors nur dazu diente, dem Prozesse die Form zu geben, weil sich an ihn eine gegenseitige Gewaltansage auf dem Grundstück anschließen mußte, die ebenfalls nur Form war.[3] Im Grunde

3) Auch BGB. § 863 läßt gegenüber den Besitzklagen die Geltendmachung eines Rechts zum Besitze nicht zu.

4) Petitorium absorbet possessorium. Vgl. BGB. § 864 Abs. 2.

5) l. 14 § 3 D. de exc. rei jud. 44, 2. Paulus libro 70 ad edictum: Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

1) Savigny, Recht des Besitzes § 37 S. 396. Dagegen aber Keller in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 306; Vangerow Bd. 1 § 336 Anm. 1; Hermann Witte, das interdictum uti possidetis 1863 S. 40; vgl. auch Schmidt, Interdiktenverfahren S. 196, Ubbelohde bei Glück Buch 43, 44 T. 2 S. 398; siehe ferner Jhering, Grund des Besitzesschutzes S. 17, Bruns, Besitzklagen S. 49, Saleilles in nouvelle revue hist. de droit français Bd. 16 S. 245 ff.

2) Savigny selbst machte sich freilich den Einwand, daß die i. ret. possessionis auch dazu dienten, die Parteirollen für die Eigentumsklage festzustellen l. 1 § 3 D. uti poss. 43, 17. Doch dies führte er auf eine Fiktion zu befürchtender Gewalt zurück.

3) Daß es sich bei der gegenseitigen Gewaltansage nur um einen Prozeßakt handelte, um symbolische und keineswegs um natürliche und wilde Gewalt, geht mit

handelte es sich hier ähnlich wie bei der alten vindicatio bloß darum, die Gegenansprüche der Parteien in bestimmter Weise zu formulieren und zugleich auf dem Grundstück selbst vor Zeugen — vielleicht auch dem künftigen Richter — augenscheinlich zu machen. An die symbolische Gewalt knüpften sich dann gegenseitige Strafsponsionen. Die Verurteilung aus ihnen hing davon ab, wer fehlerfreien Besitz in dem in Anspruch genommenen Maße hatte. Den Kern des Verfahrens bildete also die *Entscheidung der Besitzfrage*; alles andere war äußere Hülle[4][5] und von einer Deliktsklage konnte hier nicht die Rede sein.

2. Dem interdictum uti possidetis zum Schutze von *Immobilien* stellte man das interdictum utrubi bezüglich der *Mobilien* zur Seite, aber beide Rechtsmittel waren verschieden. Das i. uti possidetis schützte Besitz *zur Zeit des Erlasses des Interdiktes*,[6] das i. utrubi dagegen den Streitenden, welcher im *letzten Jahre länger als der andere Teil besaß*.[7] Besitz, welchen man vom anderen Teile vi, clam oder precario hatte, kam bei beiden Interdikten dem Besitzer nicht zugute.

3. Die beiden Interdikte wurden von den Römern der Kaiserzeit i. retinendae possessionis genannt. Damit sollte ihr *Hauptcharakter* bezeichnet werden. Aber sie dienten keineswegs ausschließlich der *Erhaltung* des Besitzes, sehr häufig hatten sie *rekuperatorische* Funktion. Beim i. utrubi liegt dies auf der Hand, denn hier siegte auch, wer den Besitz zur Zeit des Erlasses des Interdiktes nicht hatte, sofern von ihm nur im letzten Jahre längerer Besitz ausgeübt worden war als vom Gegner. In ähnlicher Weise konnte auch das i. uti possidetis rekuperatorisch wirken.[8]

---

voller Bestimmtheit aus Gaj. Inst. IV § 170 hervor, wonach der Prätor gegen denjenigen „secutoria interdicta" gab, welcher cetera ex interdicto non faciat „veluti qui vim non faciat". Die prozessualen Zwecke der Gewaltansage hat Exner, die imaginäre Gewalt im altrömischen Besitzstörungsverfahren in der Zeitschr. der Sav. Stiftg., rom. Abt. Bd. 8 S. 167 aufgehellt. Es handelte sich dabei übrigens nur um eine Übertragung dessen, was bei der Vindikation zur Zeit der legis actiones üblich war und den Anfängen der Rechtsbildung zugehört. Vgl. Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes S. 47 ff. Sokolowski a. a. O. S. 104 ff.

4) Gaj. Inst. IV § 166[a] judex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, (id est) uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit. cum judex id exploraverit et forte secundum me judicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat.

5) Während des Prozesses erhielt — nach dem Ergebnis der fructuum licitatio — der eine Teil interimistischen Besitz. Im Falle der Entscheidung des Besitzprozesses zugunsten seines Gegners, wurde diesem das Cascellianum oder secutorium judicium auf Herausgabe des Besitzes neben den Sponsionsklagen gewährt.

6) Die Formel des interdictum uti possidetis lautete nach l. 1 pr. D. uti possidetis 43, 17: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 138 S. 1200.

7) Das interdictum utrubi konstruiert Lenel, edictum perpetuum S. 392 folgendergestalt: Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fiero veto. Vgl. l. un. pr. D. utrubi 43, 31, Gaj. Inst. IV §§ 150, 160, Karlowa a. a. O. S. 1201.

4. Seit Diokletian wurden Interdikte in alter Form nicht mehr erlassen. Die Besitzklage wurde unmittelbar auf Grund des Ediktes angestellt.[9]

5. In der christlichen Kaiserzeit setzte man endlich das interdictum utrubi dem i. uti possidetis gleich.[10]

§ 150. Die ordentliche Besitzklage.[1]

Seit dem Mittelalter erhielt das i. uti possidetis den Namen des possessorium ordinarium, also der ordentlichen Besitzklage.

Ihr Zweck ist Anerkennung des Besitzes durch den Richter und Verwirklichung der Konsequenzen dieser Anerkennung. Sie betreibt also in erster Linie die Entscheidung der Besitzfrage. Aber sie ist nicht rein präjudiziell. Sie bezweckt auch das Verbot künftiger Störung, sowie Schadensersatz wegen geschehener Störung.[2]

1. Die Grundlage der Klage in ihrer einfachsten Gestalt ist *juristischer Besitz des Klägers zur Zeit der Erhebung der Klage*.[3][4]

Zur Passivlegitimation gehört, daß der Beklagte den Besitz des Klägers durch Rede oder Tat in Frage gestellt hat; er beunruhigt ihn durch die Behauptung eigenen Besitzes oder durch Drohung mit Entsetzung und Störung; er greift ihn tätlich an durch willkürliche Einwirkung auf die Sache, sowie durch Behinderung des Besitzers in seinem Besitze.[5] Die Störung kann in Handlungen, die eine Fortsetzung fürchten lassen, oder Anlagen auf fremdem Boden liegen.[6] Es ist nicht erforderlich, daß die

---

8) Über die rekuperatorische Funktion dieses Interdikts vgl. Witte a. a. O. S. 60 ff., Ubbelohde a. a. O. T. 2 S. 186 ff., Brinz, Pandekten Aufl. 2 Bd. 1 S. 743, Pernice, Labeo Aufl. 2 Bd. 2 S. 415, Bähr in Jherings Jahrb. Bd. 26 S. 244 ff. Eine umfassende Darstellung aller Funktionen des Interdikts bei Cornil a. a. O. S. 343 ff.

9) § 8 J. de interdictis 4, 15.

10) l. 1 § 1 D. utrubi 43, 31.

1) Tit. Dig. uti possidetis 43, 17. Vgl. Bruns, der ältere Besitz und das possessorium ordinarium in Bekkers Jahrb. Bd. 4 n. 1, sowie Bruns, Besitzklagen S. 1 ff., Bähr a. a. O. S. 242. Die Besitzklage des BGB. § 862 ersetzt das possessorium ordinarium des gemeinen Rechts; vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 26 S. 81.

2) Es gibt drei Hauptansichten über den Grundcharakter des possessorium. a) Nach Savigny handelt es sich um eine Deliktsklage. Dies ist bereits widerlegt. b) Nach anderen ist die Klage Präjudizialklage über die Besitzfrage, vgl. l. 1 § 3 D. uti possidetis 43, 17, Jhering, Besitzschutz S. 93. c) Bruns, Besitzklagen S. 50, setzt den Zweck der Klage in das Verbot der Störung in Gemäßheit der l. un. C. uti possidetis 8, 6. — Daß dies ihr einziger Zweck war, läßt sich indessen hieraus nicht entnehmen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 159 Anm. 3 b.

3) § 4 a J. de interdictis 4, 15 . . . ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario *litis contestationis* tempore detinet.

4) Die Besitzklagen des BGB. stehen jedem „Besitzer" zu, wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht geübt, auch dem „mittelbaren" Besitzer. Der bloße *Inhaber* — § 855 — hat wohl das Recht der Selbstverteidigung, nicht aber Besitzklage — § 860.

5) l. 3 § 2 D. h. t. 43, 17.

6) l. 3 § 7 D. h. t. 43, 17.

Bedrohung oder Störung auf dem Anspruch eigenen Besitzes beruhe,[7] oder daß beim Störer Bewußtsein und Absicht bestehe, fremden Besitz anzutasten.[8]

2. Die ordentliche Besitzklage ist *doppelseitig* — duplex —,[9] so daß Kläger und Beklagter die gleiche Stellung haben. Denn einfache Abweisung des Klägers, welcher Besitz nicht dartut, ließe die Frage, ob der Beklagte Besitzer sei, in der Schwebe, und es wäre zu fürchten, daß der durch Urteil nicht endgültig geschlichtete gerichtliche Kampf um den Besitz sich außergerichtlich fortsetze. Der Richter hat daher den Besitz des Beklagten anzuerkennen und zu schützen, wenn der Kläger seinen Besitz nicht erhärtet.

3. Im Streit um Rechte führt man den Beweis durch die Titel, welche sie einst begründeten. Der Besitz dagegen ergibt sich aus Tatsachen der Gegenwart, die sein Bestehen zurzeit ergeben, z. B. aus dem Bewohnen eines Hauses, der Bebauung eines Ackers. Es kommt aber auch vor, daß beide Streitteile längere Zeit Besitzhandlungen unabhängig voneinander vornahmen, z. B. durch Holzschlagen in einem Walde, Viehauftreiben auf eine Weide, Fischerei in einem Gewässer. Hier kann sich fragen, wer als der Besitzer, wer als Besitzstörer anzusehen ist. Die Praxis geht zur Feststellung des Besitzes auf die älteren Besitzhandlungen zurück, zieht auch wohl zur Beurteilung der Handlung den Titel des Besitzerwerbs in Betracht.[10]

4. Wer den Besitz vom *Prozeßgegner* fehlerhaft, d. h. mit Gewalt — vi — oder heimlich — clam — oder auf Widerruf — precario — hat, steht demselben nach.[11] Dies hat folgende Tragweite:

a) Der Kläger unterliegt, wenn er zwar besitzt, aber fehlerhaft vom Gegner besitzt. Es kann aber bei seiner Abweisung nicht bewenden, er ist vielmehr infolge der Duplizität des Verfahrens zur Rückgabe des Besitzes an den Beklagten zu verurteilen.[12]

b) Die Konsequenz ist, daß als *Kläger* mit dem Possessorium auch obsiegt, wem der Besitz zur Zeit der Klageerhebung *fehlerhaft vom Gegner entzogen* ist. Denn der Richter muß einem der Streitenden den Besitz zusprechen. Den Kläger dem Beklagten zu verurteilen, also den Beraubten dem Räuber, wäre aber offenbar unstatthaft. Die rekuperatorische Funktion der Klage tritt hier bestimmt hervor.[13]

5. Die Besitzklage hat zum Ziel:

---

7) l. 3 § 3 D. h. t. 43, 17. Der Mieter prätendiert keinen Besitz, dennoch wird das Interdikt gegen ihn gewährt.

8) Siehe namentlich Bruns, Besitzklagen S. 59 ff. Über die Literatur vgl. auch Windscheid § 159 Anm. 5.

9) § 7 J. de interdictis 4, 15, l. 3 § 1 D. h. t. 43, 17. Anders BGB.

10) Die berühmte Dekretale: Licet causam cap. 9 X. de probat. 2, 19 gab hierzu eine Handhabe. — Vgl. übrigens Bähr a. a. O. S. 243.

11) Ähnlich BGB. § 862, doch nur, wenn die fehlerhafte Besitzerlangung aus dem letzten Jahre vor der Störung datiert.

12) l. 3 pr. D. h. t. 43, 17 . . . si a me possides superior cum interdicto, Savigny S. 405.

a) die gerichtliche Anerkennung des Besitzes eines der beiden Streitteile, sowie die Auflage der Herausgabe des Besitzes in den Fällen, in welchen die Klage rekuperatorisch wirkt.

b) Auflage der Beseitigung störender Veränderungen,[14] gerichtliches Verbot fernerer Störung,[15] Strafandrohung für den Fall einer solchen, nach Umständen Sicherstellung.[16]

c) Schadensersatz wegen Störung des Besitzes vor und während des Besitzprozesses. Vorausgesetzt ist, daß dem Störenden eine Schuld zur Last fällt.[17]

Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt in einem Jahre.[18]

Ohne Antrag des Beklagten kann der Richter zu seinen Gunsten auf Verbot der Besitzstörung und Schadensersatz nicht erkennen.

§ 151. Das summariissimum.

1. Das summariissimum ist eine Schöpfung der Praxis. Die Besitzfrage wird hier provisorisch entschieden und zwar so, daß vor allem die jüngste fehlerfreie Besitzhandlung maßgebend ist.[1]

2. Ursprünglich war notwendige Voraussetzung des summariissimum die Gefahr von Tätlichkeiten; später genügte auch Anhängigkeit der ordentlichen Besitzklage, da

---

13) Manche römische Juristen suchten den Charakter des Interdiktes als retinendae possessionis dadurch schlechthin zu wahren, daß sie den vitios aus dem Besitz Verdrängten als noch besitzend betrachteten. Sie kamen so zur Annahme einer possessio duorum in solidum, da der eine Teil als Besitzer galt, der andere Teil, wenn auch vitios, Besitzer war. So Ulpian in der l. 3 pr. D. h. t. 43, 17. Über diese Stelle vgl. Pernice, Labeo Aufl. 2 Bd. 2 S. 415 A. 5. Mit Recht verwirft Paulus diese Konstruktion l. 3 § 5 D. de a vel a. poss. 41, 2, vgl. l. 5 § 15 D. commodati 13, 6. Man konnte allenfalls zugeben, daß das Interdikt unter Umständen rekuperatorisch wirke, aber gekünstelt war es, um den Charakter des Interdikts als retinendae possessionis theoretisch festzuhalten, den Besitz des vitios Verdrängten, welcher realiter nicht bestand, als fortdauernd anzunehmen, und unlogisch hierauf die Vorstellung einer possessio duorum in solidum zu gründen, bei welcher der eine Teil fingiert, der andere realiter besitzen sollte; vgl. oben S. 296.

14) l. 3 § 9 D. h. t. 43, 17.

15) l. un C. uti possidetis 8, 6.

16) ZPO. § 890.

17) So auch RG. Bd. 31 S. 183, vgl. die dort Angef. Für die Zeit nach der Klageerhebung bedarf es des Nachweises der Schuld nicht. RG. a. a. O., vgl. RG. Bd. 6 S. 221. Nach dem BGB. sind die Besitzansprüche nicht auf Schadensersatz gerichtet.

18) In l. 1 pr. D. h. t. 43, 17 findet sich als Teil des Interdikts: neque pluris quam quanti res erit intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. Der Zusammenhang dieses Satzes mit dem Interdikte erscheint dunkel; seine Tragweite im justinianischen Rechte ist bestritten und zweifelhaft. Lenel, edictum perpetuum S. 379 vermutet mit Recht, daß im Edikte seinerzeit statt „agere permittam" stand „sponsionem facere permittam", denn undenkbar sei, daß der Prätor Klagen auf neque pluris quam quanti res erit in Aussicht gestellt habe. Im justinianischen Rechte ist die Verjährung auf den Anspruch wegen des Schadens aus der Besitzstörung zu beziehen. Anders Windscheid Bd. 1 § 159 Anm. 7. Nach BGB. § 864 erlischt mit Ablauf eines Jahres der Anspruch überhaupt.

1) Bruns, Recht des Besitzes S. 256. Man zog namentlich die Worte der l. 13 § 3 D. de usu fructu 7, 1 an: „cur enim ad arma et rixam procedere patiatur quos potest jurisdictione sua componere".

während ihrer Verhandlung ein Interimistikum oft Bedürfnis war.[2] Schließlich gewährte man das Rechtsmittel den Besitzprätendenten ohne weiteres.[3]

3. Das summariissimum hatte anfänglich nur prozessualische Eigentümlichkeiten. Es bezweckte die beschleunigte Herstellung einer vorläufigen Ordnung. Allmählich bildeten sich auch materielle Besonderheiten heraus. Die jüngste ruhige Besitzhandlung wurde zugrunde gelegt. Der provisorische Besitz konnte je nach dem Ergebnis dem Beklagten wie dem Kläger zugeteilt werden.[4] Die Klage war also eine actio duplex. Gelang keinem Teile der Nachweis ruhigen Besitzes, so kam es zur Sequestration der streitigen Sache.[5]

III. Rekuperatorische Besitzklagen.

§ 152. Die römischen rekuperatorischen Besitzklagen.[1]

1. Gewaltsame Vertreibung aus dem Besitze eines Grundstückes begründete das interdictum de vi auf Wiederherstellung des Besitzes.[2 3]

a) Als Kläger ist legitimiert, wer durch Gewalt den juristischen Besitz[4] seines Grundstücks verloren hat.

Die Gewalt muß persönlich sein.[5] Sie kann im Hinaustreiben — Dejektion — des Besitzers oder in der Verhinderung — Prohibition — seines Eintretens liegen.[6] Gewalt, welche den Besitzer zur Übergabe be-

---

2) Bruns a. a. O. S. 264.

3) Bruns a. a. O. S. 401. Über die Bestimmungen der KGO. von 1548 II 21 § 3 vgl. Bruns a. a. O. S. 375 ff.

4) Dies wurde um so wichtiger, je mehr man sich gewöhnte, in der ordentlichen Besitzklage auf den ältesten fehlerlosen Besitz zurückzugehen. Vgl. Bruns a. a. O. S. 401.

5) Man schützte auch den Detentor, siehe Bruns a. a. O. S. 403. Dem Detentor in eigenem Interesse wird man die Klage auch heute nicht verweigern dürfen, wenn man ihm die Spolienklage einräumt, vgl. unten § 153 Anm. 6. Das BGB. hat das summariissimum beseitigt. Einstweilige Verfügungen des Gerichts geben für dasselbe Ersatz; ZPO. § 935; vgl. RG. Bd. 4 S. 399.

1) Tit. Dig. de vi 43, 16. Keller, semestria ad Ciceronem II cap. 1 §§ 2 und 3. Keller, Institutionen S. 42. Ubbelohde a. a. O. Teil 5 S. 1. M. Gaertner, der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust 1901.

2) Neben dem interdictum de vi wurde in der Zeit der Bürgerkriege ein verschärftes Rechtsmittel, das i de vi armata aufgestellt. Im Hadrianischen Edikte hatten nach Lenel, edictum die beiden Interdikte folgende Formeln: a) unde in hoc anno tu illum vi dejecisti aut familia tua dejecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas. b) unde tu illum vi hominibus coactis armatisve dejecisti aut familia tua dejecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas. Die Belege siehe bei Lenel a. a. O., abweichend Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 1206. Bei dem i. de vi armata fiel die exceptio vitiosae possessionis weg, ferner die Beschränkung auf ein Jahr, endlich forderte man hier nicht juristischen Besitz in der Person des Klägers; gegen letzteres freilich Karlowa a. a. O. S. 1207. Im justinianischen Rechte sind die beiden Interdikte verschmolzen. Die exceptio vitiosae possessionis ist jetzt auch bei dem interdictum de vi quotidiana ausgeschlossen, vgl. l. 1 pr. D. h. t. 43, 16, siehe aber auch l. 17 D. eod.

3) Das interdictum de vi war wahrscheinlich jünger als das i. uti possidetis. Das letztere war prohibitorisch, das erstere restitutorisch, was einigermaßen als Fingerzeig gelten kann.

4) l. 1 §§ 9 und 23 D. h. t. 43, 16.

5) Erforderlich war vis atrox l. 1 §§ 3, 29 D. h. t. 43, 16. Es genügte also nicht bloßes Handeln gegen das Verbot, l. 73 § 2 D. de R. J. 50, 17, noch weniger bloße Scheingewalt.

6) Das Interdikt sprach von dejicere. Das prohibere wurde gleichgestellt l. 3

stimmt, gehört nicht hierher.[7] Bloße Störung des Besitzes durch Gewalthandlungen begründet das Interdikt nicht.[8]

b) Beklagter ist der Dejizient, mag er den Besitz noch haben oder nicht.[9] Dritte, welche den Besitz der gewaltsam entzogenen Sache erlangten, unterlagen dem Interdikte nicht.

c) Dem Beklagten lag Wiederherstellung — Restitution — ob. Sie bestand in Herausgabe des Grundstückes, seiner Früchte und Akzessionen — causa —, sowie der auf dem Grundstücke zur Zeit der Dejektion vorhandenen Sachen, endlich in Schadensersatz.[10]

d) Hatten Familienglieder, Dienstpersonal oder auch sonstige Dritte für einen anderen ohne Auftrag und Genehmigung eine gewaltsame Dejektion vorgenommen, so haftete der Vertretene auf das, was an ihn gelangt war. Im Falle eines Auftrages oder seiner Genehmigung wurde er behandelt, wie wenn er selbst die Gewalttat vollzogen hätte.[11]

e) Nach einem Jahre ging die Klage nur auf die Bereicherung des Beklagten.[12] Das römische Recht ließ auch den Erben des Dejizienten nur auf Höhe der Bereicherung haften.[13]

2. In der christlichen Kaiserzeit trat die Tendenz hervor, die Wiedererlangung verlorenen Besitzes zu fördern.[14] Insbesondere stellte man eigenmächtige Besitznahme von Grundstücken während Abwesenheit ihres Besitzers gewaltsamer Dejektion gleich.[15 16 17]

---

§ 8 D. h. t. 43, 16, l. 12 und l. 18 D. eod., vgl. ferner l. 1 § 47 D. eod. Ubbelohde a. a. O. S. 50 ff.

7) l. 5 D. h. t. Ulpianus libro 11 ad edictum . . . non est dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere.

8) l. 11 D. h. t. scheint freilich das Gegenteil zu besagen. Sie ist an einen nicht passenden Ort geraten.

9) l. 1 § 42 D. h. t.

10) l. 1 §§ 21, 40, 41 D. h. t.

11) l. 1 §§ 11 ff. D. h. t.

12) l. 1 pr. § 39 D. h. t.

13) l. 1 § 48 D. h. t.

14) In den Quellen der christlichen Kaiserzeit wird oft eine actio momentariae possessionis oder actio momenti erwähnt. Nach dem Vorgange von Cujacius — obs. I 20, XIX 16 — behauptet Jhering, Grund des Besitzschutzes S. 104, daß diese Klage den rekuperatorischen Besitzesschutz auf erweiterte Grundlagen gestellt habe. Vgl. hiergegen die ausführliche Deduktion von Bruns, Besitzklagen S. 84 ff., Ubbelohde S. 662 ff.

15) l. 11 C. unde vi 8, 4. Pflüger, Besitzklagen S. 358.

16) Manche behaupten, man habe das interdictum de vi auf Mobilien ausgedehnt; schwerlich mit Recht. l. 7 C. unde vi 8, 4 enthält das bekannte Verbot der Selbsthilfe und schreibt Restitution gewaltsam weggenommener Objekte vor. Ob für die Rückforderung aber das i. unde vi diente, ist sehr zweifelhaft. Dafür ist Savigny § 40, dagegen u. a. Bruns, Recht des Besitzes § 7. Die Pandekten verwerfen das i. unde vi bei Mobilien. Sie verweisen auf andere Klagen l. 1 §§ 6 und 7 D. h. t. 43, 16. Dabei wird es wohl sein Bewenden haben müssen, trotzdem daß die Konstitution über gewaltsame Selbsthilfe in den Titel des Kodex unde vi eingereiht ist.

17) Streitig ist, ob es außer dem interdictum de vi ein solches de clandestina possessione gab. Dagegen ist Savigny S. 456, Lenel edictum perpetuum S. 377 Anm. 7, neuestens Ubbelohde a. a. O. S. 70. Aber Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 322 versuchte, sein Bestehen zu erweisen, indem er sich nicht bloß auf l. 7 § 5 D. comm. div. 10, 3, sondern auch auf eine gelungene Interpretation der l. 6 § 1 D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2 stützt.

3. Besitz, welchen ein anderer ohne Rechtsgrund von uns erlangte, kann kondiziert werden. Diese Kondiktion ist aber nicht zu den Besitzklagen zu zählen. Der Kondiktionsbeklagte kann ihr gegenüber eigenes Eigentum vorschützen.[18]

§ 153. Spolieneinrede und Spolienklage.

Durch das kanonische Recht und die gemeinrechtliche Praxis wurde der rekuperatorische Besitzesschutz erweitert.[1]

Den Anstoß gaben gefälschte Kirchengesetze Pseudoisidors, laut deren ein spoliierter Bischof sich auf Anklagen nicht einzulassen brauchte, ehe ihm das Entrissene durch die Kirchengewalt zurückerstattet war. Diese gefälschten Gesetze, vor allem der canon redintegranda,[2] gingen in das Dekret Gratians über und kamen so zu allgemeiner Geltung.

Aus ihnen entsprang zunächst eine Einrede für den Spolierten gegen Klagen jeder Art, bis das Spolium beseitigt war, womit man die Zurückerstattung des Entrissenen indirekt zu erzwingen suchte. Man leitete aus jenen Stellen bald aber auch eine Klage ab, — condictio ex canone —, um die Restitution direkt zu erzwingen.[3] In Deutschland nannte man sie seit dem 17. Jahrhundert Spolienklage. Zeitweise hatte sie eine ungemessene Ausdehnung; in der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts zog man ihr engere Grenzen;[4] seit Savigny suchte man sie fast auf den Standpunkt des interdictum de vi zurückzuschrauben.[5] Später kehrte man zu einem Mittelmaß zurück.

1. Die Eigentümlichkeiten der Spolienklage waren folgende:

a) Sie kam nicht bloß juristischem Besitz zugute. Auch die Detention in eigenem Interesse,[6] insbesondere des Mieters, Pächters und Retentionsberech-

18) Vgl. über diese Kondiktionen namentlich Bruns, Recht des Besitzes S. 27 und Besitzklagen S. 185, Bolze im Archiv für ziv. Praxis Bd. 79 S. 206, Trampedach in der Zeitschr. der Sav Stiftg. Bd. 17 S. 97, Ubbelohde S. 651, auch Windscheid § 161.

1) Eine sorgfältige Darstellung der historischen Entwicklung gibt Bruns, Recht des Besitzes S. 127 ff., ferner Ruffini, l'actio spolii 1889, vgl. auch Maaßen, zur Dogmengeschichte der Spolienklage in Bekkers Jahrb. Bd. 3 n. 8. Die Erörterung des Dogmas siehe bei Bruns, Besitzklagen S. 212 ff. Vgl. aber auch Delbrück, die dingliche Klage, und dessen Nachträge in Iherings Jahrb. Bd. 10 n. 2, sowie Ziebarth, Realexekution S. 276, 290. Neuerdings noch Bähr, Rechtsfälle des Reichsgerichts S. 37. Die Besitzklage des BGB. § 861 entspricht der Spolienklage.

2) c. 3 C. qu. 1. Joannes urbis Romae episcopus scribit Zachariae archiepiscopo epist. I: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunque condicione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia majorum aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum.

3) Dies geschah zunächst durch die Kanonisten, vgl. hierüber Maaßen a. a. O. Innocenz III. hat gemäß ihrer Lehre die Klage — im conc. Lat. IV, 1215 — anerkannt und näher bestimmt cap. 18 X de rest. spol. 2, 13. Saepe contingit, ut quod spoliatus injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, praesertim quoad periculum animae injuste detinere ac invadere alienum contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurretur. Vgl. Bruns, Recht des Besitzes S. 179.

4) Über den Angriff von J. H. Böhmer. jus eccles. prot. II 13, doctr. de act. II 4 §§ 39, 40 siehe Bruns, Recht des Besitzes S. 392; Ruffini a. a. O. S. 334.

5) Savigny § 50 S. 509 ff. Puchta, Pand. § 135 spricht „von der in ihrer eigenen Absurdität sich vernichtenden Meinung der Praxis".

tigten reichte aus;[7] letztere erlangten hiermit einen Besitzesschutz, welchen sie in Rom nicht hatten. Dies entspricht den wirtschaftlichen Bedürfnissen und Rechtsanschauungen der neueren Zeit.[8]

b) Die Spolienklage bezog sich anerkanntermaßen nicht bloß auf Immobilien, sondern auch auf Mobilien und auf Rechte.[9]

c) Gewalt gegen die Person war zur Spolienklage nicht nötig. Es genügte die unbefugte Entziehung des Besitzes wider den Willen des bisherigen Besitzers.[10] Einreden des Spolianten aus einem behaupteten Recht blieben auch gegenüber der Spolienklage unzulässig.

d) Die Klage ging gegen den Spolianten, dessen Erben und gegen Dritte, welche die spoliierte Sache in Kenntnis des Spoliums erlangten.[11]

e) Wenn Kläger bewiesen hatte, daß er früher besaß und daß nun der Beklagte besitze, so lag dem Beklagten seinerseits der Nachweis ob, daß er in einer ihn rechtfertigenden Weise in den Besitz kam.

f) Die Klage unterlag nur der dreißigjährigen Verjährung.[12]

2. Der Gerichtsgebrauch hielt die Spolieneinrede des kanonischen Rechts fest, aber bildete sie in selbständiger Weise aus. Der Spoliierte hatte sie hiernach nur gegenüber dem Spolianten und dessen Rechtsnachfolgern. Sie konnte gegen Zivilklagen jeder Art, insbesondere auch im Arrestverfahren vorgeschützt werden.

Im gemeinen Prozesse gehörte die Spolieneinrede zu den prozeßhindernden Einreden, gab also dem Beklagten die Befugnis, bis zu ihrer Erledigung die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern.[13] Dieses Vorrecht hat sie nach der ZPO. verloren;[14] im Bürgerlichen Gesetzbuch ist sie überhaupt beseitigt.

---

6) Schon Durantis gab die Klage aus dem can. dem bloßen Detentor, siehe Bruns, Recht des Besitzes S. 231. Ihm folgten die späteren Schriftsteller überwiegend. Neuere Theoretiker haben sich seit Savigny meist gegen die Spolienklage des Detentors erklärt. Das Prinzip des Textes hat aber Bruns, Besitzklagen S. 226 ff. verteidigt; dasselbe wird auch vom RG. Bd. 5 S. 164, Bd. 30 S. 138, Seuffert, Archiv Bd. 47 n. 185 adoptiert. Literatur und Praxis siehe bei Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 7b.

7) Es genügt der Mietbesitz. Einreden aus der Ungültigkeit des Miets- oder Pachtvertrages sowie der Auflösung des Miets- oder Pachtverhältnisses betreffen die Frage des Rechts und sind gegenüber der Spolienklage unzulässig.

8) Über den Klageberechtigten nach BGB. vgl. oben § 150 Anm. 4.

9) Bruns, Besitzklagen S. 249.

10) Bruns, Besitzklagen S. 250. Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 6. Ebenso BGB. § 861. Hat ein Gerichtsvollzieher Sachen gepfändet, welche nicht in dem Gewahrsam des Schuldners, sondern eines Dritten waren, so hat dieser die Spolienklage, RG. Bd. 14 S. 358 und dort Zitierte.

11) Das oben Anm. 3 zitierte cap. saepe gewährt die Klage gegen Dritte, welche die Sache vom Spolianten in Kenntnis des Spoliums erwarben. Ihering, Besitzwille S. 459. So auch BGB. § 858 Abs. 2. Nach dem Grunde dieses Gesetzes wird man die Klage auch gegen solche Dritte nicht versagen, welche den Besitz nicht vom Spolianten erhielten, z. B. die ihn vertrieben, wenn sie nur Kenntnis von seinem Spolium hatten. Windscheid Bd. 1 § 162a Anm. 7. Dagegen erklärt sich jedoch Bruns, Besitzklagen S. 246. Die ältere Praxis ließ die Spolienklage selbst gegen dritte redliche Besitzer zu. Dies wurde aber schon im vorigen Jahrhundert nicht festgehalten.

12) Dies ist Praxis, für welche man den Passus des c. redintegranda „quacunque condicione temporis" seit alters anführt. Vgl. jedoch Bruns, Besitzklagen S. 261. Nach BGB. § 864 erlischt der Anspruch in einem Jahre.

13) Spoliatus ante omnia restituendus.

14) Nach dem cap. 1 de rest. spol. in 6to 2, 5 mußte die exceptio spolii binnen 15 Tagen nach dem Vorschützen bewiesen werden. Diese prozessualische Vorschrift war schon dem gemeinen Prozesse fremd.

Fünftes Kapitel.

Rechtsbesitz.[1]

§ 154. Servitutenbesitz.

1. Neben dem Sachbesitz entwickelte sich seit der Kaiserzeit der Rechtsbesitz oder Quasibesitz. Man kann ihn auch Servitutenbesitz nennen, denn nur was die Form einer Servitut hatte, galt in Rom als Rechtsbesitz. Vor allem galt als Rechtsbesitzer, wer als Nießbraucher eine Sache inne hatte. Zur Zeit der Republik faßte man dies als Sachbesitz auf, in der Kaiserzeit erklärte man den Nießbraucher für einen Detentor des besitzenden Eigentümers und erkannte ihm selbst nur Rechtsbesitz zu.[2] Seitdem bezeichnete man auch die tatsächliche Ausübung der Grundgerechtigkeiten als Rechtsbesitz.[3]

2. Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes vollzog sich analog dem Sachbesitz.[4] Der Erwerb insbesondere verlangte:

a) ein tatsächliches Verhältnis zur Sache. Dasselbe war je nach den verschiedenen Arten der Servituten verschieden. Beim Nießbrauche bestand es in der Detention der Sache, bei Servituten, welche durch Handlungen des Servitutenberechtigten ausgeübt werden, in entsprechenden Handlungen, bei Servituten, die auf einer Anlage im Boden beruhen, mußte diese Anlage hergestellt sein. Der Besitz von Servituten, die in einem Verbietungsrechte bestehen, verlangte, daß sich der Nachbar dem wirklichen oder angeblichen Verbietungsrecht unterordnete, z. B. aus diesem Grund auf seinem Grundstück nicht baute.

b) Vorausgesetzt wurde ferner, daß man die Ausübung als *Recht* in Anspruch nahm,[5] keineswegs aber, daß man sie für eine berechtigte *hielt*;[6] es ist also auch bösgläubiger Rechtsbesitz möglich.

3. Man mußte ein Recht prätendiert haben, aber nicht gerade eine

---

1) Ihering, Besitz, im Handwörterbuch a. a. O. S. 423.

2) Man gab daher seitdem die i. unde vi und uti possidetis als utilia. l. 3 §§ 13, 15 D. de vi 43, 16, fragm. Vat. §§ 90, 91, l. 1 § 8 D. quod legatorum 43, 3, l. 4 D. uti possidetis 43, 17. Über die ältere Zeit siehe Keller, semestria ad Ciceronem I p. 343.

3) l. 7 D. de itin. actuque 43, 19, siehe unten Anm. 5, l. 2 D. comm. praed. 8, 4. Vgl. übrigens Gaj. Inst. IV § 139.

4) Tartufari a. a. O. Bd. 1 S. 152, 276.

5) l. 7 D. de itinere actuque 43, 19. Celsus libro 25 digestorum: Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, *jus fundi possedisse oportet*.

6) Nicht genau spricht sich daher Paulus libro 5 sententiarum l. 25 D. quemadmodum serv. 8, 6 aus. Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se *credidit*. Ähnlich l. 1 § 19 D. de aqua 43, 20.

Servitut. Es schadete daher namentlich nicht, wenn man sich etwa Eigentum statt Servitutrecht zuschrieb.[7] [8]

Zweiter Abschnitt.

Das Eigentumsrecht.[1]

Erstes Kapitel.

Begriff und Inhalt des Eigentumsrechtes.

I. Eigentum und gutgläubiger Besitz.

§ 155 Dingliche Rechte und Eigentum.

1. Die dinglichen oder Sachenrechte teilen uns die körperlichen Gegenstände, an denen sie haften, unmittelbar zu. Diese Sachen gehören uns, auch wenn sie in fremdem Besitze stehen. Wir „haben" sie im Rechtssinne, selbst wenn uns das tatsächliche Haben fehlt.[2] Erfolgt ihre Herausgabe seitens des Besitzers — die tatsächliche Restitution[3] —, so ändert sich nicht die Rechtsstellung der Beteiligten, sondern nur das Besitzverhältnis. Den dinglichen Rechten liegt also der Gedanke zugrunde, daß ein rechtliches, unsichtbares Band die Sache an das Rechtssubjekt knüpft.[4]

2. Das wichtigste dingliche Recht ist das Eigentumsrecht. Eine zweite Klasse bilden die Rechte an Sachen — jura in re (sc. aliena).

a) Das Eigentumsrecht ist das Recht allgemeiner Herrschaft über die körperliche Sache.[5] Es gewährt seiner Bestimmung nach

---

7) RG. Bd. 4 S. 135. Anders Randa, Besitz Aufl. 4 S. 674 ff.

8) Über den Schutz des Servitutenbesitzes vgl. Bossert, das Wesen des Servitutenbesitzes 1883.

1) Gesterding, Lehre vom Eigentum 1817. Karl Sell, römische Lehre des Eigentums 1852 und dazu Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschr. für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 138 ff. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigentum Abt. 1, 2 und 3 1875 ff. Vgl. auch Landsberg, die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum 1883. — Randa, das Eigentumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts. 1. Hälfte Aufl. 2 1893.

2) Dies gilt insbesondere vom Eigentumsrechte, l. 38 § 9 D. de verb. obl. 45, 1 Ulpianus libro 49 ad Sabinum: „Habere" dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet.

3) Zu unterscheiden ist also die juristische Restitution, welche in der Übereignung besteht, und eine tatsächliche, welche nur den Besitz überträgt.

4) Siehe oben § 17 Anm. 5.

5) Die Römer nennen dominium, was „dem Herrn des Hauses" gehört, Gradenwitz in der Zeitschr. d. Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 12 S. 135, selbst einen Nießbrauch, so l. 3 D. si usus fruct. pet. 7, 6, l. 15 § 8 D. quod vi aut clam 43, 24, siehe noch weiter l. 49 pr. D. de her. inst. 28, 5. Im engeren Sinne steht das Wort für Eigentum,

jedwede Macht über die Sache,[6] welche nach Natur und Recht möglich ist.[7]

b) Die dinglichen Rechte im engeren Sinne unterwerfen eine fremde Sache dem Berechtigten nach bestimmten Richtungen und zu bestimmten Zwecken. Die Römer kennen vier Arten solcher Rechte, nämlich Servituten, Superfizies und Emphyteusis einesteils und das Pfandrecht anderenteils. Den drei ersten Arten dienen die natürlichen Eigenschaften der körperlichen Sachen. Das Pfandrecht dagegen gibt das Veräußerungsrecht und macht damit den Tauschwert der Sache nutzbar.[8]

3. Das Eigentumsrecht ist begrifflich einer Art; aber es hat verschiedene Erscheinungsformen.

Es ist volles Eigentumsrecht, wenn es die volle und ausschließliche Macht über die Sache gewährt. Es schließt dann Besitz, Nutzung, Gebrauch — die sog. Nutzungsrechte — und das Recht der Veräußerung, der dinglichen Belastung und der Vindikation — die sog. Proprietätsrechte — in sich, und zwar nicht als besondere Befugnisse, sondern als Ausflüsse des einen Eigentumes.[9]

Das Eigentum kann aber der ihm an sich zukommenden Befugnisse mehr oder weniger entkleidet sein. Oft ruhen Nießbrauchsrechte auf der Sache,

---

„proprietas". l. 1 § 1 D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 43 § 12 D. de furtis 47, 2, vgl. l. 13 § 1 D. de damno infecto 39, 2. Der vulgäre deutsche Sprachgebrauch identifiziert Eigentum mit Vermögen. In diesem Sinne spricht man z. B. vom „literarischen Eigentumsrechte"; im streng juristischen Sinne ist es die generelle Herrschaft über die körperliche Sache.

6) Die Definition des Eigentumsrechts ist seit Jahrhunderten Gegenstand der Erörterung, ohne daß ein allseitig befriedigendes Resultat erzielt wurde; vgl. die bei Glück Bd. 8 S. 26 ff. zitierten Schriftsteller. — Früher bezeichnete man als Eigentümer, wer befugt sei, über die Substanz eines Objektes ausschließlich zu verfügen, vgl. das preuß. ALR. I 8 § 3. Schon Thibaut, Pand. 7. Aufl. § 558 definiert Eigentum als die „ihrer Natur nach" unbedingte Macht. Boecking, Pand. Bd. 2 § 134 S. 7 hob nach dieser Richtung schärfer hervor: „die Natur oder das Wesen des Eigentums liege in der Abstraktheit und der der mannigfachsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjektes".

7) Häufig behauptet man, das Eigentum sei als solches „schrankenlos". Vgl. Windscheid Bd. 1 § 167 bei Anm. 3. Danach ständen die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen im Widerspruche mit der Idee des Eigentums. Hiergegen erklären sich zahlreiche neuere Schriftsteller, unter anderen Ihering, Zweck im Recht Auflage 1 Bd. 1 S. 520. In der Tat sind alle Rechte des Individuums, insbesondere auch das Eigentum, durch die Rücksicht auf die Gesellschaft beeinflußt und rechtlich gebunden. Auch die Geschichte zeigt uns keine Zeit, in welcher dies nicht der Fall gewesen wäre. Die Folgerungen jedoch, welche von den Sozialisten und zum Teil auch von Ihering a. a. O. S. 520 hieraus gezogen werden, sind nicht gerechtfertigt. Dies weiter zu verfolgen, ist hier nicht der Ort. Vgl. besonders Randa a. a. O. S. 423, v. Scheel, Art. Eigentum im Handb. der Staatswissensch. Bd. 3.

8) Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 11 „das Pfandrecht und die Servitut".

9) l. 5 pr. D. si usus fructus petetur 7, 6, Ulpianus libro 17 ad edictum: Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usum fructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet. Ältere Schriftsteller nehmen hiernach an, der Eigentümer habe zwar den usus fructus „causalis" seiner Sache, nicht aber den ususfructus „formalis".

welche dem Eigentümer die Nutzungen entziehen und nur nacktes Eigentum — nuda proprietas[10] — übrig lassen. Es gibt andere Einschränkungen, z. B. durch Veräußerungsverbote, die noch einschneidender wirken. Solche Beschränkungen häufen sich unter Umständen derart, daß die Eigentumsbefugnisse völlig paralysiert sind. Gleichwohl verliert das Eigentum damit sein begriffliches Wesen nicht.[11] Es ist in solchen Fällen gehemmt, aber nicht abgestorben. Denn die Vollgewalt des Eigentumes tritt hervor, sobald die beschränkenden Befugnisse aus irgendeinem Grunde erlöschen.[12]

4. In altrömischer Zeit kannte man das Eigentumsrecht nur als volles Herrenrecht. Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung der dinglichen Rechte an fremder Sache tut dies dar. Superfizies und Vektigalrecht (Emphyteusis) gewannen ersichtlich erst in der Periode des Formularprozesses dingliche Kraft.[13] Auch das Pfandrecht erhielt erst durch den Prätor dinglichen Schutz.[14] Zur Zeit der Alleinherrschaft des jus civile waren von dinglichen Rechten an fremder Sache daher einzig die Servituten anerkannt. Unter diesen galten nur servitutes praediorum rusticorum, und zwar Wege- und Wassergerechtigkeiten, als res mancipii, die servitutes praediorum urbanorum und die persönlichen Dienstbarkeiten, insbesondere der Nießbrauch, waren res nec mancipii.[15] Dies gibt einen Fingerzeig dafür, daß die letzteren Servituten jüngeren Datums sind. Auch aus dem prätorischen Edikte über die Kautionspflicht des Nießbrauchers erhellt, daß der Nießbrauch sich nicht ohne Beihilfe des Prätors entwickelte. Entfernterer Vorzeit gehörten also nur die Weg- und Wasserservituten an. Für uralt sind auch diese Servituten nicht zu halten.[16] Ob die Zeit der 12 Tafeln sie kannte, ist zweifelhaft; erwähnt werden sie in den erhaltenen

---

10) §§ 1 und 4 J. de usu fruct. 2, 4, Gaj. Inst. II § 30, l. 4 D. de jure dotium 23, 3, l. 26 pr. D. de usu et usu fruct. leg. 33, 2, l. 126 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

11) l. 25 pr. D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum: Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Julianus, et est verius. Über die Ausiprüche der römischen Juristen „usus fructus portionis instar obtinet", „usus fructus in multis casibus pars dominii est" vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 132.

12) Man spricht in diesem Sinne von „Elastizität" des Eigentumes. § 4 J. de usu fruct. 2, 4 Cum autem finitus fuerit usus fructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem. Vgl. l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum: Si nuda proprietas pignori data sit, usus fructus, qui postea adcreverit, pignori erit. Es gibt Fälle ruhenden Eigentumes, d. h. eines solchen, welchem jede gegenwärtige Wirkung fehlt, welches aber in der Zukunft wieder zu Kräften kommen kann.

13) Vgl. z. B. l. 16 § 2 D. de pign. act. 13, 7.

14) § 7 J. de act. 4, 6. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 63 ff.

15) Gaj. Inst. II §§ 15, 17, 29, 30.

16) Anders Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae 1884 S. 18.

17) Vgl. Elvers, Servituten Bd. 1 § 1. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht, Bd. S. 2 49 ff.

Bruchstücken dieses Gesetzes nicht. Wegservituten waren in der ältesten Zeit entbehrlich, weil bei der Zumessung der ländlichen Grundstücke allgemein für Kommunikationswege gesorgt wurde. Die Wasserverhältnisse regelte genügend die schon in den 12 Tafeln erwähnte actio aquae pluviae arcendae.[17]

Als sich im Laufe der Zeiten auf Grund unabweislicher Bedürfnisse dingliche Rechte an fremden Sachen ausbildeten, erhielt das Eigentum durch die juristische Abstraktion den hypothetischen Charakter, welcher ihm im späteren römischen Rechte innewohnt.

5. Die dinglichen Rechte sind sämtlich mit einer dinglichen Klage — actio in rem — ausgerüstet.[18]

Das Eigentum wird durch zwei dingliche Klagen geltend gemacht, nämlich die rei vindicatio und die actio negatoria. Die rei vindicatio ist die Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer. Bei ihr handelt es sich um die Existenz des Eigentumes. Die actio negatoria verteidigt das Eigentum gegen Eingriffe Dritter. Sie dreht sich um die Frage des Umfanges des Eigentumes.

Dieselben Klagen schützen analog — utiliter — Superfizies und Emphyteusis.

Die Servitut wird durch die actio confessoria verteidigt, das Pfandrecht durch die actio hypothecaria zur Geltung gebracht.

Alle diese Klagen haben jedem gegenüber Anwendbarkeit, welcher mit dem Rechte des Klägers in Widerspruch tritt.

Es ist denkbar, daß der dinglich Berechtigte infolge besonderer Umstände der Klagemöglichkeit dauernd beraubt ist. Dies war nach römischem Rechte namentlich dann der Fall, wenn ein Erwerber die Sache dreißig Jahre hindurch besaß und infolgedessen durch Klageverjährung gegen den Eigentümer geschützt war, ohne daß er ersessen hatte.[19] Doch nur gegen den Präskribenten und dessen Rechtsnachfolger war die Eigentumsklage ausgeschlossen, gegen Dritte, die zufälligerweise in den Besitz kamen, hatte sie volle Kraft.

§ 156. Bonitarisches, provinzielles Eigentum.

Es ist eine häufige geschichtliche Erscheinung, daß Besitzer, welche nicht Eigentümer sind, deren Besitz aber vom Eigentümer stammt oder die Weihe der Zeit für sich hat und die mit der Sache wirtschaften, auf ihr leben bestrebt sind, ihre Rechte zu erweitern und zu Eigentümern in stillem oder offenem Kampf mit den legitimen Eigentümern zu werden. Meist endigen solche Kämpfe mit dem endlichen Siege des Besitzers. Die römische Rechtsgeschichte gibt dafür Beispiele im bonitarischen und im provinziellen Eigentume.

18) Vgl. oben § 120.
19) Vgl. oben § 132.

1. Die klassischen römischen Juristen unterschieden das quiritarische Eigentum und das in bonis esse.[1]

Nach altrömischem Zivilrecht bedurfte es nämlich zur Veräußerung von res mancipii[2] entweder der mancipatio[3] oder der in jure cessio; die Tradition gab an solchen kein Eigentum; Käufer, welchen sie bloß tradiert waren, unterlagen also, solange sie nicht ersessen hatten, der Vindikation des Verkäufers und seiner Rechtsnachfolger.[4] Doch mancipatio und in jure cessio wurden bei dem Wachstume des römischen Staates wegen des Erfordernisses der Gegenwart der Beteiligten bei diesen Akten oft lästig, zuweilen praktisch unausführbar. Dieselben waren auch wegen ihrer Unfähigkeit, Bedingungen aufzunehmen, nicht geschmeidig genug für die Bedürfnisse des entwickelten Verkehres.[5] So geschah es, daß mancher sich mit der bloßen Tradition der res mancipii begnügte, welche sich auch unter Abwesenden vollziehen konnte.

Der Prätor trat solchen Erwerbern schützend zur Seite; durch exceptio rei venditae et traditae sicherte er sie im Besitze gegen die Vindikatio des Verkäufers[6] sowie der Rechtsnachfolger desselben[7] und gab ihnen im Falle des Verlustes des Besitzes die actio Publiciana,[8] so daß der etwa entgegengestellten exceptio dominii eine replicatio rei venditae et traditae die Spitze bot.[9]

1) Gaj. Inst. II §§ 40, 41, 54, I § 167. Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 8 n. 1. C. Appleton, histoire de la propriété prétorienne, Paris 1889 2 vol.; Erman, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 11 S. 212, Bd. 13 S. 173; Audibert in der nouvelle revue historique du droit français Bd. 14 S. 269; Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 139 S. 1208.

2) Vgl. über diese Objekte oben § 55 Anm. 5.

3) Siehe oben § 85, Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 47 ff.

4) Gaj. Inst. II § 41.

5) Zutreffend bemerkt Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 3 Abt. 1 Aufl. 4 S. 261: „Was unser heutiges pactum reservati dominii oder pactum displicentiae bezweckt, dazu diente in Rom bei res manicipii die Tradition derselben mit Aufschub der Manzipation."

6) Die exceptio rei venditae et traditae lautete wohl „si non Ns Ns Stichum q. d. a. ab Ao Ao emit isque ei traditus est." Dies entspricht der Fassung der actio Publiciana und hierauf deutet l. 32 § 2 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1; die Bezeichnung „rei venditae et traditae" beweist nichts dagegen; sie war geboten, um den Wechsel der hinzuzudenkenden Subjekte zu vermeiden. l. 7 § 1 D. de cur. 27, 10, l. 14 D. de Public. act. 6, 2 behandeln besondere Fälle und kommen für die Frage der Fassung der regulären exceptio nicht in Betracht. Die Veranlassung zu der jetzt verteidigten Annahme gab Hugo Krüger, exc. doli Heft 1, vgl. dazu Erman in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 14 S. 237. Dagegen freilich Karlowa a. a. O. S. 1216.

7) Aus l. 4 § 32 D. de doli mali exc. 44, 4 ergibt sich, daß es noch in der Hadrianischen Zeit zweifelhaft war, ob die exceptio den Rechtsnachfolgern des Veräußerers gegenüber zustehe; dadurch, daß sich Julian hierfür erklärte, gab er der Entwicklung des bonitarischen Eigentums den Abschluß. Aber erst Hermogenian formuliert in l. 3 § 1 D. de exc. rei vend. et trad. 21, 3 die Zulässigkeit der Einrede gegenüber den Rechtsnachfolgern des Veräußerers als festen Rechtssatz. So namentlich H. Krüger a. a. O. S. 83.

8) Das bezügliche Edikt führt an l. 1 pr. D. de Public. act. 6, 2: si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo. Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes S. 1 ff. und edictum S. 129

Wer res mancipii durch Tradition erwarb, hieß freilich auch jetzt nicht Eigentümer, er hatte die Sache nur in bonis, in Wahrheit war er aber der Eigentümer.[10] Sein Autor und dessen Rechtsnachfolger hießen Eigentümer ex jure Quiritium, — aber sie hatten ein nudum jus, sie waren in Wirklichkeit Nichteigentümer. Nur um der historischen Überlieferung willen und wegen der Konservierung gewisser formaler Rechte behielten sie den Namen des Eigentümers, sprach man also von einem Doppeleigentume.[11] Justinian aber hat das Scheineigentum, das nudum jus Quiritium, ausgemerzt, nachdem die letzten Befugnisse, welche sich daran knüpften, verschwunden waren.[12] [13]

2. Der Grund und Boden der von den Römern gewonnenen Provinzen stand bei deren Unterwerfung selbstverständlich zum großen Teile im Privateigentume. Die Römer erkannten dasselbe auch, soweit es sich um eroberte Landstriche handelte, in der Weise an, daß sie den Unter-

---

tut mit Recht dar, daß „non" auf einer Interpolation der Kompilatoren beruhe. Noch weitere Interpolationen sind wahrscheinlich, siehe Lenel a. a. O., Gradenwitz in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 12 S. 134, Pernice, Labeo Bd. 2 Aufl. 2 S. 340 ff., Karlowa a. a. O. S. 1208. Die Klagformel siehe unten.

9) Das moderne Recht zeigt verwandte Erscheinungen. Deutschen Rechtsanschauungen entsprechend geht vielfach nach modernen Gesetzen das Eigentum an Grundstücken nur durch Auflassung, d. h. eine Erklärung des Veräußerers und Erwerbers vor der Grundbuchbehörde, und die sich anschließende Überschreibung im Grundbuche über. Wird unter der Herrschaft derartiger Gesetze ein Grundstück bloß verkauft und tradiert, aber nicht aufgelassen, so kann man dem Käufer die exceptio rei venditae et traditae rationellerweise nicht verweigern, wenn der Veräußerer oder wenn dessen Erben treuloserweise vindizieren. Gerät der Veräußerer in Konkurs, so steht dem Konkursverwalter folgerecht gleichfalls die Einrede entgegen, denn er macht nur die Rechte des Veräußerers geltend. Vgl. auch BGB. § 986 Abs. 1 Satz 1: Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Wenn aber der eingetragene Eigentümer das Grundstück einem Sekundus auflässt, nachdem er es dem Primus bereits verkauft und tradiert hat, dann kann sich Primus gegen Sekundus nicht schützen; sonst wäre die Kraft des Grundbuches zerstört, welche man im Interesse der Zuverlässigkeit der Übereignung der Grundstücke festhalten will. In solchem Falle bleibt dem Primus, welcher aus dem ihm tradierten Grundstücke vertrieben wird, nur die Klage gegen seinen Verkäufer.

10) Eigentumszuteilung durch den Prätor, z. B. an den bonorum possessor, ferner wegen hartnäckig verweigerter damni infecti cautio gab nicht ziviles Eigentum, sondern nur in bonis esse, welches erst durch Ersitzung in volles Recht verwandelt wurde. Gaj. Inst. III § 80, l. 13 § 16 D. de damno infecto 39, 2, l. 26 § 6 D. de nox. act. 9, 4, l. 2 § 1 D. si ex noxali causa 2, 9. Das Verhältnis des Eingewiesenen ist also ähnlich demjenigen des Erwerbers von res manicipii durch bloße Tradition; doch bestehen auch erhebliche Verschiedenheiten, insbesondere bezüglich der Klagrechte. Die Römer haben daher die prätorische Eigentumszuteilung dem bonitarischen Eigentume nicht untergeordnet; dies geschah erst durch die neueren Schriftsteller, vgl. Pernice, Labeo Bd. 2, Aufl. 2 S. 421.

11) Gaj. Inst. I §§ 17, 167. II § 196.

12) l. un C. de nudo jure Quiritium tollendo 7, 25.

13) Im justinianischen Rechte gibt es noch einen Fall, in welchem der eine den Namen, aber nicht die Rechte des Eigentümers, der andere dessen Rechte, aber nicht den Namen hat. Dies dann, wenn ein Nichteigentümer eine Sache verkaufte und tradierte, und später Eigentümer wurde. Der Käufer wird infolgedessen nachträglich der Sache nach Eigentümer, aber er heißt nicht so; ihn schützt vielmehr exceptio und replicatio rei venditae et traditae.

worfenen Besitz und Nutzgenuß ihrer Grundstücke zugestanden.[14] Zu Ende der Republik aber tauchte der Despotengedanke in der römischen Bürgergemeinde auf und erhielt Anerkennung, daß der gesamte Provinzialboden Eigentum des römischen Volkes sei. Folgerecht teilte man seit der Kaiserzeit den Boden in den kaiserlichen Provinzen dem Kaiser zu.[15] Immerhin behandelte man im Leben und nach den Edikten der Magistrate das Recht der Besitzer der Provinzialgrundstücke dem Eigentum analog. So bildete sich ein besonderes Provinzialeigentum aus. Trotzdem diente das Eigentum von Volk und Kaiser unter Umständen zum Vorwande willkürlicher Konfiskationen, so daß man die Grundbesitzer — meist unter geringer Entschädigung — von Haus und Hof vertrieb.[16]

Im justinianischen Rechte ist das Provinzialeigentum zum normalen Eigentume geworden.

§ 157. Der gutgläubige Besitz.[1]

1. Bei aller Sorgfalt ist es nicht zu vermeiden, daß man im Verkehr irrtümlicherweise Sachen erwirbt, welche dem Veräußerer nicht gehören, oder zu deren Veräußerung derselbe, obgleich Eigentümer, nicht legitimiert ist.

Dies kann das Recht geradezu dazu bestimmen, redliche Erwerber zu Eigentümern von solcher Art erworbenen Sachen zu machen. Damit erleichtert es den Verkehr, erschüttert aber auch die Festigkeit des Eigentums.

Dem römischen Rechte ist dies fremd geblieben. Immerhin suchte man die Rechtsstellung gutgläubiger Erwerber so günstig zu gestalten, wie dies unbeschadet des Rechtes des Eigentümers der veräußerten Sache und der Verkehrssicherheit geschehen konnte.[2]

2. Als redlicher — gutgläubiger — Besitzer gilt nur, *wer seinen Erwerb entschuldbarerweise für rechtmäßig hält.* Die Forderungen des Verkehrs und der Ethik fallen hier zusammen.[3]

---

14) lex Antonio de Thermess. 2, 31 ff., Bruns, fontes ed. 6 p. 94, Gaj. Inst. II § 7, Pernice, Parerga II in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 5 S. 62, Mitteis, Reichsrecht 1891 S. 112 Anm. 4 und dort Angeführte, vgl. auch Erman a. a. O. S. 270, Hegelmaier, Grundeigentum im öff. Recht § 3.

15) Gaj. Inst. II § 7. Das Nähere siehe bei Pernice a. a. O.

16) Ein Beispiel gibt Paulus l. 11 pr. D. de evict. 21, 2.

1) Brinz, bonae fidei possessio, Festgabe zu Arndts Doktorjubiläum; Kley, Wesen des gutgl. Besitzes, Götting. Inaug.Diss. 1891, und die oben § 156 Anm. 1 Zitierten.

2) Redlicher Erwerb ersetzt also dessen Rechtmäßigkeit nicht. Das deutsche Recht macht jedoch den redlichen Erwerb in vielen Fällen zum rechtmäßigen. Hierüber Näheres unten bei der Tradition. — Wer eine Sache *rechtmäßig*, d. h. den gesetzlichen Anforderungen entsprechend, erwirbt, wird Eigentümer, auch wenn er irrig glaubt, dieselben seien nicht vorhanden, l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6. Paulus libro singulari de juris et facti ignorantia: Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

3) l. 44 pr. D. de usurp. 41, 3. Vgl. BGB. § 932 Abs. 2: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört." — In seiner Polemik gegen die herr-

a) Allerdings wollen manche die Redlichkeit bloß negativ bestimmen als Nichtkenntnis eines bestehenden Mangels.[4] Danach wäre z. B., wer den Verkäufer seines auffallenden Wesens halber beim Erwerb für einen Dieb hielt, während derselbe zwar Eigentümer, aber, was der Käufer nicht wußte, geisteskrank war, gutgläubiger Erwerber; denn im gegebenen Fall kannte er nicht den bestehenden Mangel der Geisteskrankheit, während der von ihm unterstellte Mangel des Nichteigentums des Verkäufers nicht vorlag! Doch welches Interesse hätten Verkehr und Recht daran, einen solchen Erwerber zu begünstigen?[5]

Diese Auffassung ist also verfehlt. Guter Glaube ist vielmehr positiv gefaßt, die Meinung rechtmäßigen Erwerbes. Es ist nicht gerade notwendig, daß man glaubt, Eigentümer geworden zu sein,[6] wenn dies auch meist vorkommt. Daher ist in gutem Glauben selbst derjenige, welcher weiß, daß er nach den Gesetzen nicht Eigentümer wurde, wenn er nur unter Zustimmung und mit Willen des Eigentümers Eigentumsbesitz hat.[7]

b) Besonders hervorzuheben ist, daß nicht oberflächliches Meinen gutgläubigen Besitz gibt. Um die Stellung eines redlichen Besitzers einzunehmen, muß man vielmehr beim Erwerb vorsichtig und sorgfältig zu Werke gegangen sein. Wer sich infolge unentschuldbaren Irrtums als berechtigt ansieht, gilt nicht als gutgläubig. Daher genügt insbesondere Rechtsirrtum in der Regel nicht.

schende Ansicht hat Petrażycki, Fruchtverteilung S. 165 diesen Zweck nicht in Betracht gezogen. Um einen „Tugendpreis" für Redlichkeit auf Kosten des Eigentümers handelt es sich wahrlich nicht. Vgl. übrigens Petrażycki selbst S. 147.

4) Vorzugsweise hat diese Ansicht Stintzing, das Wesen der bona fides 1852, verteidigt S. 77.

5) l. 32 § 1 D. de usurp. 41, 3 Pomponius libro 32 ad Sabinum: Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in jure erranti non procedat usucapio. Siehe auch unten Anm. 7.

6) Früher pflegte man den guten Glauben mit der Überzeugung zu identifizieren, Eigentümer geworden zu sein. So Möllenthiel, guter Glaube bei der Verjährung 1820 § 4.

7) l. 5 pr. D. pro derelicto 41, 7. Pomponius libro 32 ad Sabinum: Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est. Der erste Teil der Entscheidung ist dunkel, vgl. über ihn Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 50 ff., er gehört nicht hierher. Der zweite Teil spricht den Satz, um den es sich hier handelt, deutlich aus. — Schenkt ein Ehegatte eine ihm nicht gehörige Sache seinem Ehegatten, so ist ein Titel vorhanden, denn die Schenkung ist gültig, weil der schenkende Ehegatte nichts aus seinem Vermögen aufgibt, und der Beschenkte ist redlich, weil er den Schenker für den Eigentümer hält und mit Zustimmung des Eigentümers zu besitzen meint. Da nun objektiv ein Titel und subjektiv Redlichkeit vorhanden ist, läuft die Ersitzung l. 25 D. de don. inter vir et uxor. 24, 1, l. 3 D. pro donato 41, 6. Nicht anders verhält es sich mit l. 2 § 2 D. pro emptore 41, 4, wo der Besitz des Käufers unter Suspensivbedingung gleichfalls durch den Eigentümer eingeräumt, also keinesfalls unredlich ist. Diese und ähnliche Stellen hat Stintzing a. a. O. S. 77 ff. für seine Theorie — vgl. oben Anm. 4 — zu verwerten gesucht, sie stützen dieselbe aber in der Tat nicht, weisen vielmehr auf den hier vertretenen Gesichtspunkt hin.

c) Wie verhält sich der Erwerbstitel zum guten Glauben? Lange Zeit lehrte man, der Titel sei die Rechtfertigung des guten Glaubens und das Beweismittel für ihn.[8] Dies nehmen heutzutage nur wenige noch an. Ist doch ein Titel auf Kauf zu einem Spottpreis, eine Schenkung. Und doch liegt in solchen Titeln sicher kein Beweis dafür, daß man den Verkäufer oder Geschenkgeber, welcher die veräußerte Sache etwa gestohlen hatte, für den Eigentümer hielt, daß man also redlich erwarb.

Andere wollen den guten Glauben zu einem Supplement des Titels machen.[9] Er sei zu definieren als der Glaube an das Veräußerungsrecht des Autors bei einem titulierten Erwerb.[10] Aber in gutem Glauben ist auch, wer einen Titel, sog. Putativtitel, nur zu haben vermeint. Guter Glaube ist ohne Titel wohl denkbar.

Guter Glaube und Titel sind hiernach begrifflich voneinander unabhängig. Doch kann die Art und Weise des Titels zur Aufhellung der Frage der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Erwerbes allerdings Handhaben bieten.

3. Auch sind die wichtigsten Rechtswirkungen davon abhängig, daß Titel und guter Glaube vorhanden sind.

Titulierter, gutgläubiger Besitzerwerb einer Sache begründet nämlich ein eigentumsähnliches, wenn auch bloß relatives, dingliches Recht — sog. Publizianisches Recht. Denn er gewährt die actio Publiciana zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes,[11] gibt utiliter dem Eigentümer dienende Klagen z. B. wegen Sachbeschädigung,[12] oder die Teilungsklagen,[13] und ermächtigt sogar die Sache zu belasten und insbesondere zu verpfänden, soweit das eigene Recht reicht.[14]

Er bildet also ein Vermögensrecht. Jedoch dem Eigentümer der Sache gegenüber dringt auch der titulierte redliche Besitz nicht durch.[15] Darin liegt die Relativität der durch ihn begründeten Rechtslage.

---

8) Insbesondere äußert Savigny Bd. 3 S. 372: „Der Titel dient nicht nur dazu, die bona fides zu rechtfertigen, sondern auch das Dasein derselben als Tatsache so lange festzustellen, bis der Gegner die Unredlichkeit beweist." Dagegen namentlich Stintzing a. a. O. S. 57, Brinz Bd. 1 § 161 S. 629.

9) Dies ist die Ansicht von Brinz a. a. O.

10) Vgl. Modestinus libro 5 pandectarum l. 109 D. de V. S. 50, 16. „Bonae fidei emptor" esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. Vgl. Gaj. Inst. II § 73, pr. J. de usuc. 2, 6.

11) Vgl. unten die actio Publiciana.

12) l. 11 § 8, l. 17 D. ad l. Aquil. 9, 2, Eisele im Archiv für ziv. Praxis Bd. 67 n. 2.

13) l. 7 § 2 D. communi dividundo 10, 3. Eck, die doppelseitigen Klagen S. 105 ff.

14) l. 18, l. 21 D. de pign. 20, 1. Geradezu äußert Paulus libro 18 ad edictum l. 136 D. de R. J. 50, 17: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. Daß dies nicht folgerecht durchgeführt ist, darüber vgl. Ihering a. a. O. S. 104, Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Bd. 2 S. 306.

15) l. 7 § 6 D. pro emptore 41, 4.

Auch nicht titulierter redlicher Besitz äußert gewisse Wirkungen. Insbesondere kommt der Fruchtertrag einer redlich, wenn auch nicht auf Grund eines Titels besessenen Sache, dem Besitzer zu.[16]

4. Das Publizianische Recht an der gutgläubig erworbenen Sache geht nicht unter, wenn der Erwerber hinterher zur Überzeugung kommt, daß die Sache einem Dritten gehöre — sog. mala fides superveniens. Die Früchte der Sache fallen dagegen dem Besitzer derselben nur dann zu, wenn er noch zur Zeit ihrer Trennung gutgläubig ist.[17]

II. Miteigentum.

§ 158. Begriff des Miteigentumes.[1]

1. Unmöglich ist ausschließliches Eigentum mehrerer an derselben Sache in seinem ganzen Umfange — plurium dominium in solidum.[2] Möglich und häufig aber ist Miteigentum zu ideellen Teilen — pro partibus indivisis.

2. Miteigentum entsteht teils infolge Gesellschaftsvertrages, teils ohne solchen.[3] Das Miteigentum von Gesellschaftern wird durch den Gesellschaftsvertrag mannigfaltig modifiziert, das Miteigentum von Nichtgesellschaftern zeigt das Institut in seiner einfachen Gestalt. Von ihm ist hier vorzugsweise die Rede. Der hauptsächlichste und älteste Fall ist das Miteigentum der Miterben am Nachlasse eines Verstorbenen. Miteigentum entsteht ferner, wenn mehreren dieselbe Sache vermacht wird. Auch zufällige Ereignisse endlich, z. B. die Konfusion von Metallmassen verschiedener Eigentümer, können Miteigentum herbeiführen.

3. Begrifflich ist das Eigentum eines jeden der Gemeinschafter von dem Alleineigentum nicht verschieden, denn es ist seiner Anlage nach auf die Totalherrschaft über die Sache gerichtet; durch das gleichartige Recht der Genossen wird es aber auf ein Teilrecht — eine Quote — beschränkt.[4]

16) Näheres unten beim Fruchterwerb.

17) l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 unten § 168 a. E.

1) Girtanner in Iherings Jahrbüchern Bd. 3 u. 2 S. 239; Goeppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum 1884; Steinlechner, das Wesen der juris communio, 1878; Eck, doppelseitige Klagen S. 88 ff. und Rezensionen in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 19 S. 223, Bd. 21 S. 118 ff.; Eisele, Miteigentum im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 u. 2; Rümelin, die Teilung der Rechte 1883; Scheurl, weitere Beiträge z. Bearbeit. des röm. Rechts Heft 1.; insbesondere S. 19 ff.; Czyhlarz, die Eigentumserwerbsarten 1887 Bd. 1 S. 130 ff.; W. v. Seeler, die Lehre vom Miteigentum 1896. Mehr auf das Praktische geht Stölzel im hess. Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 4 S. 1, Kohler, „Anlagen an der Grenze, Miteigentum" in seinen ges. Abhandlungen S. 167. Vgl. BGB. §§ 741 ff., 1008 ff.

2) l. 5 § 15 D. commodati 13, 6, vgl. unten Anm. 10.

3) l. 2 pr. D. comm. div. 10, 3. Das nicht gesellschaftliche Miteigentum nennen die Neueren communio incidens „quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum", l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2, vgl. l. 31 D. pro socio 17, 2.

4) Im allgemeinen stimmen mit der hier vertretenen Ansicht Windscheid Bd. 1 § 169 a Anm. 5, Steinlechner Abschn. 2 S. 37 ff., vgl. auch S. 250 ff. überein. Dagegen ist Eck, doppelseitige Klagen S. 97 und in der krit. Vierteljahrsschr. a. a. O. sowie Goeppert a. a. O. S. 46.

Das Miteigentum gestaltet sich also durch die Konkurrenz. Soweit eine solche nicht eintritt, erfaßt aber das Recht eines jeden Miteigentümers die Sache vollständig. Hieraus erklärt sich, daß Gewinn aus der Sache, zu dessen Erwerbe der eine der Miteigentümer unfähig ist, dem anderen ganz zufällt,[5] und daß im Falle des Unterganges des Eigentumsrechtes des einen das Recht der anderen Miteigentümer notwendig wächst.[6] [7]

4. Die Quoten können gleiche oder ungleiche sein; im Zweifel sind sie gleiche.

5. Was ist geteilt? Die Römer redeten herkömmlicherweise von Teilen der Sache;[8] und zwar im Gegensatz zu realen Teilen von „ungeteilten Teilen" — partes indivisae.[9]

Celsus erklärt nicht die Sache, sondern das Eigentumsrecht an der Sache oder den Inhalt dieses Rechtes für geteilt. Dem stimmten die späteren römischen Juristen bei.[10]

---

5) l. 1 § 4 D. de stipulatione servorum 45, 3 Julianus libro 52 digestorum: . . . neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti, quia persona servi communis ejus condicionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si ejus solius esset, cui adquirendi facultatem habeat. Vgl. l. 7 § 1, l. 8, l. 9 D. eod.

6) Gegen dieses Anwachsungsrecht Seeler a. a. O. S. 64. Nach älterem Rechte wuchs daher im Falle der Freilassung eines Sklaven durch einen Teileigentümer dessen Anteil dem Miteigentümer zu. Diese wenig billige Konsequenz wurde erst durch die Kaiser aus Humanitätsrücksichten durchbrochen. Ulpian. fragm. I § 18, Paul. sent. IV 12 § 1, fragm. Dosithei § 10, l. 1 C. de servo communi 7, 7. Bei einer Veräußerung des ideellen Teiles an Miteigentümer kann die Form der Dereliktion oder der Tradition gewählt werden. l. 8 C. communia utriusque judicii 3, 38 . . . divisio relicta vel translata possessione finem accepit. So auch RG. Bd. 13. S. 179. Tradition ist unentbehrlich, wenn ein Miteigentümer nur einem von mehreren Miteigentümern seinen Teil überlassen will.

7) Der Alleineigentümer kann einen intellektuellen Teil seiner Sache nicht derelinquieren, l. 3 D. pro derelicto 41, 7. Modestinus libro 6 differentiarum: An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto: atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat. Die Entscheidung erklärt sich offenbar daraus, daß das Eigentum nach ideellen Teilen nur durch die Konkurrenz mehrerer entsteht. Andere Erklärungsversuche sind verfehlt, vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 132.

8) Insbesondere vindizierte der Miteigentümer seine portio der Sache l. 16 C. de rei vind. 3, 32, l. 6 pr. D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 30 D. de liberali causa 40, 12, vgl. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 408 ff. und oben § 64.

9) l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 21 ad edictum: Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Nach der Parzellierung eines Grundstückes sind die einzelnen Parzellen selbständige Grundstücke, nicht Teile Historisch sind sie jedoch Teile eines ehemaligen Ganzen. Dies kann namentlich infolge von dinglichen Belastungen, die auf dem Ganzen ruhten und auf deren Teilen fortdauern, von rechtlicher Bedeutung sein. Vgl. Mommsen, die italienische Bodenteilung im Hermes Bd. 19 S. 293 ff.

10) l. 5 § 15 D. commodati 13, 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: et ait (Celsus) duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. So auch Papinian l. 66 § 2 D. de legatis II, Ulpian l. 50 pr. D. de legatis I, l. 7 § 3 D. de liberali causa

Natürlich handelt es sich nicht um eine Verteilung der verschiedenen Befugnisse des Eigentumes unter die Miteigentümer. Dies widerspräche dem römischen Begriff des Eigentumes. Diese Teilung tritt unmittelbar und von Rechts wegen ein, sofern es sich um teilbare Rechtswirkungen handelt; soweit dieselben unteilbar sind, entsteht eine Verpflichtung zur Ausgleichung nach Maßgabe der Teile. Insoweit hat also die intellektuelle Teilung nur die Bedeutung einer Teilungsvorschrift.[11]

Unmittelbar geteilt ist insbesondere das Recht eines jeden der Miteigentümer zur Veräußerung und Verpfändung, es steht ihm selbständig bezüglich seiner Quote zu.

Manche Schriftsteller verwerfen die Teilung des Rechtes wie diejenige des Objektes. Es bestehe nur eine Teilung des Wertes.[12] Aber der Wert ist nichts Selbständiges. Er ist ein durch Schätzung ermitteltes Verhältnis, in dem ein Gut zu anderen Gütern steht. Der Wert läßt sich daher nicht selbständig teilen, teilen läßt sich nur das bewertete Gut.

§ 159. Rechtsstellung der Miteigentümer.

Das Miteigentum erzeugt einen Gegensatz zwischen den Rechten der einzelnen Miteigentümer — den sog. Individualrechten — und dem Rechte der Gesamtheit.

Die Römer legten das Hauptgewicht auf die Individualrechte der Miteigentümer und suchten dieselben möglichst selbständig zu gestalten. Indessen durch Verträge im Interesse der Gesamtheit konnten sie eingeschränkt werden,[1] und auf einseitigen Antrag hatte richterliche Regulierung zu erfolgen, wo dies die wirtschaftlichen Verhältnisse erforderten.[2]

a) Völlig selbständig war jeder Miteigentümer bezüglich der Verfügung über seine Quote, er konnte sie veräußern, verpfänden,[3] mit Nießbrauchsrechten belasten;[4] sie war Gegenstand des gesetzlichen Nieß-

---

40, 12, l. 40 § 4 D. de damno infecto 39, 2, Modestinus l. 11 D. de servit. 8, 1. Windscheid Bd. 1 § 142 Anm. 11, früher Gegner von Celsus, hält seinen Widerspruch nicht mehr aufrecht. Er bezeichnet den Anteil als „Rechnungsteil". Eine Teilung des Rechtes nimmt auch BGB. §§ 741 ff. an. Die Lehre von der Teilung des Rechtsinhaltes ist auch die heute noch herrschende, vgl. Sokolowski a. a. O. Anm. 833.

11) Nach Brinz Bd. 1 § 131 bedeuten die partes pro indiviso Anteile, d. h. Teile, „nach denen sich die Partner in Gebrauch und Fruchtbezug, in Ausgaben und Einnahmen richten und nach denen dereinst sie selbst oder Dritte anstatt ihrer die Sache wirklich teilen oder sich sonst auseinandersetzen sollen". Mit Recht hebt Scheurl a. a. O. S. 25 hervor, daß dies nur für unteilbare Rechtswirkungen richtig ist.

12) Die Werttheorie verteidigten Girtanner a. a. O. S. 239 ff. und Steinlechner a. a. O., früher Windscheid — siehe oben Anm. 10. — Gegen sie erklärt sich Eck, doppelseitige Klagen S. 93 und krit. Vierteljahrsschr. Bd. 19 S. 231.

1) l. 3 § 1 D. comm. div. 10, 3, vgl. l. 21 D. eod., l. 15 C. fam. erc. 3, 36.

2) Derartige Regulierungen wirken dinglich für und gegen die Rechtsnachfolger, da sie ein dingliches Verhältnis ordnen.

3) l. 2 C. de communium rerum alienatione 4, 52, l. 6 § 9 D. comm. div. 10, 3. Auch BGB. § 747 gewährt dem Miteigentümer freie Verfügung über seinen Anteil.

4) l. 5 § 2 D. si ususfructus petetur 7, 6. Der einzelne Miteigentümer kann aber die gemeinsame Sache nicht mit Realservituten beschweren, da hierdurch auch die

brauches am Vermögen des Miteigentümers, sowie der Zwangsvollstreckung durch seine Gläubiger. Keine Beschränkung bestand in dieser Hinsicht zugunsten der Genossen,[5] insbesondere hatten diese kein Vorkaufsrecht, wie es deutsche Partikularrechte für den Fall des Verkaufes an Fremde vielfach festsetzten.

b) Jeder Miteigentümer hatte ferner Anspruch auf den *Mitbesitz* der gemeinsamen Sache. Konnte dieselbe, z. B. eine Mobilie, tatsächlich nur in einer Hand sein, so war der Gewahrsam einem der Genossen oder auch einem Dritten anzuvertrauen, welcher für alle besaß; die Genossen konnten auch im Gebrauch abwechseln.[6] Hierüber mußte, wenn die Parteien uneinig waren, der Richter befinden.[7]

c) Auch auf *Anteil am Fruchtertrag* hatte jeder Miteigentümer ein selbständiges Recht.[8] In der Regel handelte es sich dabei um Anteil vom *Reineinkommen* aus der Sache, welche gemeinsam oder für gemeinschaftliche Rechnung verwaltet wurde.[9] Eine derartige Verwaltung konnte bei der Erbengemeinschaft durch den Erblasser, sonst durch Vertrag der Miteigentümer eingerichtet sein; im Fall der Uneinigkeit mußte der Richter eingreifen.

Nur unter besonderen Verhältnissen durfte jeder Miteigentümer *unmittelbar Naturalnutzung* aus der gemeinsamen Sache entnehmen, z. B. durch selbständigen Antrieb seines Viehes auf die gemeinsame Weide.[10]

d) Jeder Miteigentümer war befugt, das zur *Erhaltung* der gemeinsamen Sache Erforderliche selbständig vorzunehmen. Er handelte hierbei auch für die Genossen, konnte ihnen daher seine notwendigen Auslagen mit Zinsen zu ihrem Anteile in Rechnung stellen. Die Reparatur gemeinsamer Häuser war besonders begünstigt. Berichtigten nämlich die Genossen säumigerweise die Auslagen hierfür nicht binnen 4 Monaten zu ihrem Anteil, so verfiel ihr Miteigentum am Hause dem Reparierenden, falls er es statt der Auslagen annahm.[11]

e) Was endlich *Veränderungen* und *Verbesserungen* der Sache betraf, so bedurfte es hierzu der *Zustimmung sämtlicher Genossen*. War jedoch eine Veränderung ohne Einspruch der Genossen

Miteigentümer belastet würden, l. 10 pr. D. de aqua 39, 3, vgl. auch l. 41 D. de rel. 11, 7.

5) Hierhin gehende Tendenzen fanden sich auch im römischen Rechte, l. 3 C. de communium rerum alienatione 4, 52. Diocletianus. Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo judicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

6) Vgl. l. 7 § 10 D. comm. div. 10, 3.

7) Vgl. l. 4 § 3, l. 5, l. 6 D. fam. erc. 10, 2.

8) l. 25 pr. D. de usuris 22, 1. Ebenso BGB. § 743.

9) Oben § 66 Ziff. 2 und 4.

10) Zuweilen findet sich *zeitliche* Nutzungsteilung. Sie hat freilich Gefahren, vgl. l. 23 D. h. t. 10, 3, l. 35 § 1 D. locati 19, 2.

11) l. 52 § 10 D. pro socio 17, 2, l. 4 C. de aedificiis privatis 8, 10, römisch-syrisches Rechtsbuch Lond. § 98. Auch nach BGB. § 744 Abs. 2 ist jeder Miteigentümer berechtigt, die zur Erhaltung der Sache notwendigen Maßregeln selbständig zu treffen. Das Verwirkungsrecht ist beseitigt.

einmal vollzogen, so konnte die Beseitigung nur gefordert werden, wenn sie im Interesse der Gemeinschaft lag.[12]

f) Jedem Miteigentümer standen die Klagen, welche an das Eigentum geknüpft waren, gegenüber Dritten, wie gegenüber den Miteigentümern,[13] selbständig zu. Das gleiche galt von den Besitzklagen.[14]

g) Die scharfe Betonung des individuellen Rechtes, insbesondere die Notwendigkeit der Zustimmung aller Miteigentümer zu Veränderungen und Verbesserungen, wäre unerträglich, wenn nicht jeder Teilhaber einseitig Teilung fordern könnte. Infolgedessen standen die Genossen stets vor der Alternative, sich über gemeinsame Maßregeln einigen oder die Auflösung der Gemeinschaft gewärtigen zu müssen. Mit anderen Worten: die Möglichkeit der Teilungsklagen nötigte die Genossen, solange ihnen die Gemeinschaft erwünscht war, sich von Fall zu Fall zu vertragen.[15]

§ 160. Die Teilungsklage.

Die Teilungsklage[1] — actio communi dividundo — verfolgte zweierlei Zwecke, nämlich einmal die Geltendmachung der aus der Gemein-

12) l. 28 D. comm. div. 10, 3. Papinianus libro 7 quaestionum: Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. l. 26 D. de serv. praed. urb. 8, 2. BGB. § 745 gestattet Mehrheitsbeschlüsse über die Verwaltung und die Benutzung der Sache.

13) Der Miteigentümer hat gegenüber den Miteigentümern vor allem die Vindikation seines ideellen Teiles, l. 3 § 2, l. 4 D. de rei vind. 6, 1. Im übrigen reicht wesentlich die actio communi dividundo aus. Ob der Miteigentümer zur Geltendmachung seines Verbietungsrechtes gegenüber dem Miteigentümer die actio negatoria anstellen könne, war bei den Römern bestritten; dafür war Marcellus l. 11 D. si serv. vind. 8, 5; die anderen Juristen waren dagegen, l. 26 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3. Vgl. Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 1 S. 95. Die cautio damni infecti, die operis novi nuntiatio galten als unzulässig gegenüber Miteigentümern, da die a. communi dividundo ausreichte, l. 32 D. de damno 39, 2, l. 3 § 2 D. de oper. nov. nunt. 39, 1; das i. quod vi aut clam ist zulässig, l. 13 § 3 D. quod vi aut clam 43, 24. Siehe K. G. Schneider über den Einfluß der communio rei auf Klageberechtigung in Sells Jahrbüchern Bd. 1 n. 10, Brinckmann in § 160 Anm. 1 angeführten Schrift S. 52.

14) l. 12 D. comm. div. 10, 3. Abweichend Seeler a. a. O. S. 17. Nach BGB. § 866 findet unter den Miteigentümern ein Besitzesschutz nicht statt, soweit es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauches handelt. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 23 S. 74.

15) Die römische Gestaltung des Miteigentums ist keineswegs, wie einseitige Romanisten oft annehmen, die einzig mögliche. Vielmehr kennt das deutsche Recht eine Ordnung, wonach die Miteigentümer keine bestimmten ideellen Anteile haben, sondern nur gemeinsam an dem Gesamtvermögen beteiligt sind, — ferner über das Ganze Vertreter verfügen, die von Rechts wegen oder auch durch Mehrheitsbeschlüsse hierzu ermächtigt sind, wogegen die Teilungsklage ausgeschlossen oder wenigstens nur unter Beschränkungen zulässig ist. Miteigentum ohne bestimmte ideelle Teile der Genossen nennt man nicht selten Gesamteigentum. Das BGB. erkennt das Gesamteigentum bei der Gesellschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft, der Miterbengemeinschaft an. Trotzdem es im allgemeinen dem römischen Recht folgt, gestattet es dennoch Mehrheitsbeschlüsse nach der Größe der Anteile über die Verwaltung und Benutzung der gemeinsamen Sache.

1) Die älteste Teilungsklage war die actio familiae erciscundae auf Teilung des

schaft entspringenden Ansprüche der Miteigentümer gegeneinander — der praestationes personales oder der Gemeinschaftsschulden — und zweitens die Teilung der gemeinsamen Sache.

Die Teilung bildete den historischen Ausgangspunkt der Klage und gab ihr auch den Namen. Infolgedessen konnten ursprünglich jene Ansprüche der Gemeinschafter nur nebenher bei Gelegenheit der Teilung vorgebracht werden. Später wurden sie auch selbständig klagbar, sowohl dann, wenn eine Sachteilung mit dem aus der Gemeinschaft verpflichteten Genossen unmöglich geworden war — z. B. im Falle seines Austritts aus der Gemeinschaft[2] oder nach Untergang der Sache[3] —, wie auch im Falle des Fortbestehens der Gemeinschaft mit dem Beklagten.[4]

1. Jeder Gemeinschafter war verpflichtet, das gleichartige Recht des Miteigentümers zu achten und ihm Teilnahme an Besitz, Gebrauch und Nutzung gemäß den allgemeinen Normen und besonderen Vereinbarungen oder richterlichen Anordnungen zu gestatten. In dieser Richtung ging die Klage auf Anerkennung, ferner auf Verbot von Übergriffen seitens des Genossen,[5] endlich auch auf Verurteilung zu Beiträgen für die Erhaltung der Sache.

Ferner war jeder Miteigentümer zum Ersatz wegen schuldhafter Beschädigungen sowie übermäßiger Perzeptionen, endlich zur Erstattung von Auslagen verpflichtet.[6]

a) Die Gemeinschafter hafteten gegenseitig für culpa in concreto.[7]

b) Was man als Miteigentümer aus der gemeinsamen Sache über seinen Anteil hinaus gewann, hatte man den Genossen zu erstatten.[8]

c) Notwendige[9] Auslagen, welche man als Miteigentümer für die

---

gemeinsamen Nachlasses. Vgl. l. 1 pr. D. fam. erc. 10, 2. Von dieser Klage ist im Erbrecht zu handeln. Jünger ist die allgemeine Teilungsklage, die actio communi dividundo. Vgl. über sie A. Brinckmann, Verhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum 1885.

2) l. 6 § 1 D. comm. div. 10, 3.

3) l. 11 D. comm. div. 10, 3, l. 25 D. eod., l. 26 D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 4 D. de serv. leg. 33, 3, l. 3 §§ 1 und 2 D. de oper. nov. nunt. 39, 1.

4) l. 14 § 1 D. h. t. . . . rectissime dicitur etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communione.

5) l. 12, l. 23 D. comm. div. 10, 3; Eck, doppelseitige Klagen S. 98; Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 4; vgl. aber auch RG. Bd. 12 S. 193.

6) l. 3 pr. D. comm. div. 10, 3. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: In communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi. Lenel, edictum S. 165 findet mit gutem Anscheine in den oben gesperrten Worten die Wiedergabe eines bezüglichen Teiles der Klageformel, dagegen Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 459 Anm. 1.

7) l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2, l. 8 § 2, l. 10 pr., l. 20, l. 26, l. 28 D. h. t. 10, 3.

8) l. 3 pr., l. 6 §§ 2 und 4 D. h. t. 10, 3. Der Genosse mußte als solcher erworben haben. Ist dies nicht der Fall, so konnte nur eine actio negotorum gestorum angestellt werden, sofern deren Voraussetzungen vorhanden waren. l. 19 C. de neg. gest. 2, 18. l. 20 C. fam. erc. 3, 36. Vgl. übrigens Brinckmann a. a. O. S. 100. Seeler a. a. O. S. 15, 54.

Gemeinschaft machte, waren nach Größe des Anteils zu ersetzen.[10] Es kam nicht in Betracht, ob man bei der Verwendung die Person der Genossen kannte oder sich über dieselbe irrte.[11] Verbot der Auslagen hinderte die Entstehung des Anspruches nicht.[12]

Die Gemeinschaftsschulden waren bei der Teilung mit in Anschlag zu bringen; sie minderten daher den Anteil, welchen die Gemeinschafter aus der Gemeinschaft zu empfangen hatten.[13]

2. Jeder Miteigentümer kann einseitig Teilung fordern.[14] Für immer, nahm man in Rom an, kann dies Recht weder durch Vereinbarung noch durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen werden; dagegen konnte es auf Zeit entzogen werden, sofern dies zum Vorteil der gemeinsamen Sache gereichte.[15]

In einigen besonderen Fällen, in welchen die Fortdauer der Gemeinschaft durch die wirschaftliche Lage notwendig erschien, durfte eine Teilung, welche wertzerstörend wäre, überhaupt nicht gefordert werden, z. B. bei Grenzmauern, der gemeinsamen Einfahrt zweier Häuser,[16] einem mehreren Nachbarn gehörigen Brunnen.[17]

---

9) Notwendigkeit der Ausgaben fordern l. 25 § 15 D. fam. erc. 10, 2 . . . si unus cogente necessitate fecerit, familiae erciscundae judicio locus est. Dagegen wurde in l. 6 § 12 D. comm. div. 10, 3 der Ersatzanspruch zugestanden, „si interfuit aedium hoc fieri". Da nach den Grundsätzen des römischen Miteigentums Verbesserungen ohne die Zustimmung der Genossen nicht zulässig waren, so wurde der Anspruch auf notwendige Ausgaben beschränkt. Kosten bloß nützlicher Anlagen waren jedoch zu erstatten, wenn sie der Miteigentümer ausdrücklich oder indirekt genehmigte. Das letztere kann auch in wissentlichem Geschehenlassen liegen. Vgl. noch Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 310.

10) Gefordert wurde, daß man ein gemeinsames Geschäft vollzog, l. 9 § 4 D. de rebus auct. judicis 42, 5, und zwar in Kenntnis, daß die Sache gemeinsam war. l. 29, l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3. Sonst stand nur eine actio negotiorum gestorum zu, sofern deren Voraussetzungen begründet waren, vgl. Brinckmann a. a. O., Seeler a. a. O. Auch diese Ansprüche konnten bei Gelegenheit der Teilung geltend gemacht werden, aber sie hatten nicht die Vorzüge der actio communi dividundo.

11) l. 6 pr., l. 29 pr. D. h. t. 10, 3.

12) Anderer Ansicht ist Brinz Bd. 2 § 323, jedoch ohne Grund.

13) Kann man Gemeinschaftsschulden dessen, welcher seinen Anteil veräußert hat, seinen Rechtsnachfolgern in Rechnung stellen? Allgemein ist dies nicht zu bejahen, vgl. l. 4 § 4, l. 6 § 1 D. h. t. 10, 3. Aber Erstattung von Auslagen für die gemeinsame Sache wird man aus ihr zurückhalten können, auch wenn der Genosse gewechselt hat, welchem die Sache zur Zeit der Verwendung gehörte, vgl. l. 14 § 1 D. h. t. 10, 3. Vgl. hierzu BGB. § 755 Abs. 2.

14) l, 5 C. h. t. 3, 37. Diocletianus et Maximianus: In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri.

15) l. 14 § 2 D. h. t. 10, 3. Paulus libro 3 ad Plautium: Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet. Die Vereinbarung bindet auch die Singularsuccessoren der Paciscenten. l. 14 § 3 cit. in fine, l. 16 § 1 D. pro socio 17, 2, BGB. § 751, § 1010. BGB. § 749 gestattet den Ausschluß der Teilung für immer und auf Zeit. Doch kann die Teilung dann immer noch aus wichtigen Gründen verlangt werden. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2, § 371 S. 581.

16) l. 19 § 1 D. h. t. 10, 3. — Reelle Unteilbarkeit der gemeinsamen Sache ist kein Hindernis, da die Auseinandersetzung auch ohne reelle Teilung geschehen kann.

17) Bei solchen unteilbaren Objekten wird eine Vereinbarung und in deren Er-

Behufs der Teilung stand dem Richter das Recht des Eigentumszuschlages — der Adjudikation — und der Verurteilung — Kondemnation zu. Teilung bedeutete keineswegs bloß körperliche Zerteilung, sondern jede Weise der Auseinandersetzung, z. B. durch Zuteilung des Ganzen an einen Miteigentümer gegen die Verpflichtung der Entschädigung der Genossen.[18]

In erster Linie hatte der Richter bei Ausführung der Teilung die Vereinbarung der Beteiligten zu beachten; in Ermangelung von Vereinbarungen wählte er nach freiem Ermessen unter den Anträgen der Parteien.[19]

Konnte ein Miteigentümer Teilung gegenüber bloß einigen von mehreren Genossen durchsetzen? Ein solches Verfahren erzielte kein definitives Resultat, da es den nicht zugezogenen Teilhabern gegenüber unwirksam war. Daher durfte jeder Genosse fordern, daß alle zugezogen werden. Einige der Beteiligten konnten indessen auch ohne Zuziehung der übrigen verhandeln, indem sie unterstellten, daß die abwesenden Genossen später zustimmen werden. Dies Verfahren war also nicht unzulässig, nicht nichtig.[20]

Bei gerichtlicher wie bei außergerichtlicher Teilung hafteten die Miteigentümer wie Verkäufer für Entwährung.[21] [22]

Die Teilungsklage wurde beim Miteigentum, bei gemeinsamen dinglichen Rechten und auch gutgläubigem Besitze zugelassen.[23]

---

mangelung eine gerichtliche Regulierung hinsichtlich des Gebrauches besonders nötig. So in l. 4 D. serv. leg. 33, 3.

18) Sie oben S. 242 ff.

19) l. 21 D. h. t. 10, 3, l. 3 § 1 C. h. t. 3, 37. Das Verfahren fand in Rom in den Formen der streitigen Gerichtsbarkeit statt. Heutzutage ist die Teilung ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit; streitige Vorfragen entscheidet der Prozeßrichter auf Grund einer Klage des interessierten Teiles. Reichsges. über die freiwillige Gerichtsb. v. 17. Mai 1898 §§ 86 ff, Reichsges. über die Zwangsversteig. v. 24. März 1897 §§ 180 ff.

20) Paul. sent. 1, 18 § 4 besagt: judex familiae erciscundae nec inter paucos heredes, sed inter omnes dandus est. Dagegen erklärt Ulpianus libro 19 ad edictum l. 2 § 4 D. fam. erc. 10, 2: Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit; und Paulus libro 23 ad edictum l. 8 pr. D. h. t. 10, 3 findet gleicherweise: Et si non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest. In beiden Stellen wird nur bezeugt, daß die Beteiligten sich auf ein solches Verfahren einlassen können, durchaus aber nicht, daß sie es müssen. Ein Zwang, in ein Teilungsverfahren einzutreten, welches zu keinem abschließenden Resultate führen kann — vgl. l. 17 C. familiae erciscundae 3, 36 — läßt sich nicht rechtfertigen.

21) l. 10 § 2 D. h. t. 10, 3. Ebenso BGB. § 757. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 35. Bedenken bei Strohal, das deutsche Erbr. § 65 Anm. 24, Aufl. 2 S. 363.

22) Ist eine Anfechtung der außergerichtlichen Teilung wegen Verkürzung eines Teiles zulässig? Dies behaupten viele in Gemäßheit von l. 3 C. comm. utriusque judicii 3, 38 Diocletianus et Maximianus: Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei judiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Mit Recht bemerkt aber Windscheid Bd. 2 § 449 Anm. 25, daß nach dem Schlußsatze nur die Regel der bonae fidei judicia zur Anwendung kommen soll und daß hierdurch das unbestimmte „perperam“ seinen Sinn erhält. Vgl. auch die ursprüngliche Fassung in der l. 4 Cod. Gregoriani. 3, 6.

23) l. 7 pr. bis § 13 D. h. t. 10, 3.

III. Inhalt des Eigentumsrechtes.

§ 161. Grundeigentum.

1. Das Eigentumsrecht gewährt dem Individuum eine weite Sphäre selbständiger Befugnisse. Insbesondere gibt ihm das Grundeigentum die Verfügung über die Erdoberfläche und über dasjenige, was mit ihr in fester Verbindung steht;[1] es verleiht ihm das ausschließliche Recht über den Luftraum des Grundstückes[2] und das Erdinnere desselben mit seinen Bestandteilen und Quellen.[3] [4]

2. Daneben hat aber das Recht die Interessen der Nachbarn und der Allgemeinheit zu wahren. Es setzt zu diesem Zwecke dem Eigentum Grenzen und legt den Eigentümern Verpflichtungen auf.[5] [6]

Das Recht des Grundeigentümers ist nach den nationalen Anschauungen, den jeweiligen Bedürfnissen, den Zeitströmungen von verschiedenem

---

1) Vgl. oben § 62 Anm. 2.

2) Vgl. l. 1 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 22 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum: Si quis projectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id caelum. Pampaloni, sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo im archivio giuridico Bd. 48 S. 32.

3) l. 24 § 12 D. de damno infecto 39, 2, l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3 vgl. aber Anm. 12.

4) Die Herrschaft des Eigentümers findet ihr natürliches Ende, wo die Möglichkeit menschlicher Beherrschung aufhört. Aber auch innerhalb dieser Sphäre gibt es ungeschriebene, im Zwecke des Privateigentums begründete, in der allgemeinen Überzeugung wurzelnde Begrenzungen. Die Luftwege insbesondere für Vögel, Luftschiffe usw. sind frei. — Eine Tropfsteinhöhle eröffnete sich neuerlich tief unter den Ackergrundstücken der Erdoberfläche. Waren die bäuerlichen Besitzer derselben befugt, das Betreten ihres „Anteils" von der Höhle, deren Öffnung weit entfernt war, zu verbieten, beziehungsweise nur gegen ein Entgelt zu verstatten? Das erschien absurd. Der Gemeingebrauch tritt vielmehr bezüglich der Höhle in sein Recht. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Werenberg in Jherings Jahrb. Bd. 6 S. 12, Jhering ebendas. S. 85 ff., Windscheid Bd. 1 § 168 Anm. 2. Vgl. BGB. § 905: „Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Der Eigentümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat." Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 67 S. 194.

5) Vgl. Dirksen, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 2 n. 16, Bekker, Jahrbuch Bd. 5 n. 10 und die Abhandlungen von Werenberg, Jhering, Hesse in Jherings Jahrb. Bd. 6 n. 1, 2 und 9.

6) Meist spricht man von Eigentumsbeschränkungen. Doch Forderungen gegenüber dem Eigentümer sind genau gesprochen keine Beschränkungen des Eigentumes. Daher haben manche die obligatorischen Verpflichtungen, welche dem Eigentümer als solchem obliegen, aus der Lehre ausgewiesen, vgl. Brinz Bd. 1 S. 479. Damit ist sachlich nichts gewonnen, denn die innere Zusammengehörigkeit bleibt, vgl. Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 1. — Übrigens handelt es sich bei den „Eigentumsbeschränkungen" keinesfalls um Beschränkungen eines an sich volleren Rechts, sondern um die immanenten Grenzen des Eigentums. So Hartmann, dingliche Rechte an eigener Sache in Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 124 ff., vgl. auch oben § 155 Anm. 7. Gegen Hartmann erklärt sich Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 3 S. 121.

Umfang. Das römische Recht trat für scharfe Ausprägung der Befugnisse des Eigentümers ein; im heutigen Rechte haben die beschränkenden sozialen Momente eine größere Bedeutung gewonnen.

Die Förderung allgemeiner Interessen bezwecken folgende Rechtssätze: Die Besitzer von Ufergrundstücken haben die Inanspruchnahme der Flußufer für die Schiffahrt, insbesondere die Einrichtung eines Leinpfades, zu dulden;[7] baupolizeiliche Beschränkungen dienen der öffentlichen Sicherheit, der Gesundheit, der Reinlichkeit sowie ästhetischen Rücksichten;[8] den Eigentümern von Gebäuden in den Städten liegt deren Erhaltung ob;[9] im Rayon der Festungen sind reichsgesetzlich gewisse Anlagen verboten;[10] zahlreiche Verpflichtungen zu Naturalleistungen und Abgaben, z. B. Wegebauten, belasten die Grundbesitzer.[11 12]

§ 162. Die gesetzlichen Nachbarrechte. Allgemeines.

1. Der Grundeigentümer ist regelrecht befugt, innerhalb der Grenzen seines Grundstückes zu schalten und zu walten, ohne Rücksicht auf die Interessen seiner Nachbarn.[1] Er darf seinen Acker in einen Steinbruch verwandeln, seinen Park in eine Mietskaserne, sein Wohnhaus in eine Fabrik, auch wenn es den Nachbarn mißfällt.[2] An der Grenze aber

7) § 4 J. de rer. div. 2, 1.

8) Die römischen Bauordnungen waren für einzelne Städte bestimmt. Am berühmtesten ist das Gesetz Zenos für Konstantinopel, l. 12 C. de aedificiis privatis 8, 10. Ebenso sind heutzutage die Bauordnungen der Natur der Sache entsprechend örtliche. Vgl. vor allem Biermann, Privatrecht und Polizei 1897 S. 120 ff.

9) l. 46 pr. D. de damno infecto 39, 2, l. 7 D. de officio praesidis 1, 18, l. 8 C. de aedificiis privatis 8, 10.

10) Reichsgesetz vom 21. Dezember 1871.

11) l. 14 § 2 D. de muneribus 50, 4.

12) Altrömisches Recht war, daß der Grundeigentümer als solcher auch das ausschließliche Recht auf die Fossilien seines Grundstückes hatte, vgl. l. 77 D. de V. S. 50, 16, l. 7 § 14 D. sol. matr. 24, 3. Aber Landbau und Bergbau sind so verschiedene Geschäfte, daß dieser Rechtszustand im römischen Reiche nicht festgehalten werden konnte, vgl. Arndt, Bergregal 1879. Es bestanden vielmehr lokale Gewohnheiten, wonach der Grundeigentümer Bergbau gegen eine Abgabe gestatten mußte, l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4. In den Provinzen aber schrieb man vielfach dem Staate das Recht an den Fossilien zu, was mit der Idee des Eigentumes des Staates an Provinzialboden zusammenhängen mochte. Auch Privaten erlaubte man häufig die Okkupation von Bergwerken gegen Abgaben, lex metallorum Vipascensis §§ 7 und 9, Tit. Cod. Theod. de metallis et metallariis 10, 19. Nach l. 3 C. de metallariis 11, 7 ist allgemein Bergbau auf Privatgrundstücken gegen Abgabe von $^1/_{10}$ des Ertrages an den Grundeigentümer und von $^1/_{10}$ an den Fiskus zu gestatten.

1) Spangenberg im Archiv für ziv. Praxis Bd. 9 n. 13; Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. 1880.

2) l. 26 D. de damno infecto 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum: Proculus ait, cum quis jure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino. non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc

endigt sein Recht. Über die Grenze hinaus sollen seine Bauten, Erker, Läden nicht hinüberragen, seine Bäume nicht wachsen.[3]

So teilt ein einfacher Grundsatz jedem das Seine zu. Aber absolute Durchführung kann er nicht finden. Zahlreiche Rechtssätze mildern diese Starrheit und machen unmöglich, daß die Rechte des Eigentumes zu übermäßigem Nachteile der Nachbarn oder gar zur Beschädigung einer ganzen Gegend ausgebeutet werden.

2. Vor allem darf der Grundeigentümer von seinen Rechten nicht böswillig bloß zur Schikane des Nachbarn Gebrauch machen.[4]

3. Unbedeutende unverschuldete Grenzüberschreitungen muß sich der Nachbar dagegen gefallen lassen. Hierher kann eine geringe Senkung oder Ausbauchung der Mauer an der Grenze gehören.[5 6]

4. Von größter Wichtigkeit ist, daß schädliche, durch Luft oder durch Wasser vermittelte sog. Immissionen in die Nachbargrundstücke nicht zulässig sind, sofern sie das gewöhnliche Maß überschreiten.[7] Dahin können gehören: Rauch und Dampf von Fabriken, Kohlenstaub von Kohlenlagern, Feuerfunken von Lokomotiven,[8] Feuchtigkeit von einer Badeanstalt, schädliche Substanzen aus der Gasbereitung, Abflüsse, welche Quellen und Flüsse verderben. Auch gegen Gerüche sowie gegen Lärm ist Schutz zu gewähren, falls es sich um andauernde oder sich regelmäßig wiederholende außerordentliche Belästigungen handelt.[9 10 11] Die Klage des Nachbarn

---

faciebat, uti prohibeatur. mihi videtur vera esse Proculi sententia. Vgl. hierüber Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 2 S. 50ff. — l. 24, l. 25 D. eod., l. 14 D. de serv. praed. urb. 8, 2, siehe ferner l. 9, l. 10 D. eod.

3) l. 14 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

4) Siehe oben § 34 Anm. 7.

5) l. 17 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Alfenus libro 2 digestorum: Sie quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet jus non esse illum parietem ita projectum in suum esse invito se. Daß man gegen eine Ausbauchung der Mauer unter einem halben Fuß niemals ein Klagerecht habe, ist hier nicht gesagt und nicht anzunehmen. Die Billigkeit im Einzelfalle muß maßgebend sein.

6) Für ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit erfolgten Überbau auf fremdem Grundstück enthält BGB. §§ 912ff. dem Bauenden günstige Bestimmungen. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 83 S. 235, Martin Wolff, der Bau auf fremdem Boden 1900.

7) Das Eigentum am Grundstücke gibt das Recht, die Sache in gewöhnlicher Weise zu benutzen, ohne daß in Betracht kommt, ob infolgedessen etwas in des Nachbars Luftraum gelangt. Vgl. in diesem Sinne Ulpianus libro 17 ad edictum l. 8 § 6 D. si serv. vind. 8, 5, und l. 8 § 5 D. eod.

8) RG. Bd. 7 S. 266.

9) Die Frage, ob man wegen Lärms oder wegen der Gerüche, die vom Nachbargrundstücke herüberdringen, ein Einspruchsrecht hat, ist sehr bestritten. Dagegen erklärte sich u. a. Spangenberg a. a. O. S. 271, dafür sind Ihering a. a. O. S. 111 ff. und Windscheid Bd. 1 § 169 Anm. 20. Vgl. auch Sturm, Beiträge 1891 III. Bei Geruch und Lärm — RG. bei Gruchot Bd. 32 S. 933 — kommt es auf die besonderen Verhältnisse an. In der Fabrikvorstadt wird man mehreres dulden müssen, als im Geheimratsviertel der Residenz. Über einen Fall, in welchem Klägerin selbst ihr gottesdienstliches Gebäude dicht an die Werkstätte des Beklagten, von welchem der Lärm drang, heranrückte, vgl. RG. bei Gruchot Bd. 34 S. 476.

ist die actio negatoria, da ein ungerechtfertigter Eingriff in sein Eigentumsrecht vorliegt. Sie geht gegenüber polizeilich genehmigten Fabrikanlagen nicht auf Einstellung des Betriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche den Schaden verhindern, oder wenn dies nicht ausführbar ist, auf Entschädigung.[12] Ersatz des den Nachbarn zugefügten Schadens ist für die Zeit vor der Klageerhebung nur, wenn ihn der Nachbar voraussehen und hindern konnte, also im Falle seiner Verschuldung, für die Zeit nachher schlechthin zu leisten.[13]

§ 163. Nachbarrecht. Positive Bestimmungen.

Die positiven gesetzlichen Bestimmungen über die Nachbarverhältnisse stammen größtenteils aus ältester römischer Zeit.

1. Nach dem Rechte der 12 Tafeln mußte zwischen Gebäuden ein Zwischenraum von mindestens $2^1/_2$ Fuß — der ambitus — frei bleiben.[1] Dies wurde nicht römisches Reichsrecht.

Es sollte aber der Richter bei der Grenzscheidungsklage — natürlich auch bei der Teilungsklage — die Grenze möglichst in der Art ziehen daß ein entsprechender Abstand von den Anlagen des Nachbars blieb.[2]

Neubauten durften der Tenne des Nachbarn den Luftzug nicht benehmen.[3] Man hat den Satz zuweilen auf konzessionierte Windmühlen übertragen; gemeinrechtlich ist dies nicht begründet.[4]

2. Auf das Nachbargrundstück hinüberfallende Früchte blieben nach römischem Rechte dem Eigentümer der Bäume, denen sie entfielen. Er durfte sie daher auf dem Nachbargrundstück auflesen, und zwar einen um den anderen Tag.[5]

---

10) In BGB. §§ 906 ff. finden sich den gemeinrechtlichen entsprechende Bestimmungen. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 80 S. 227.

11) Über ungehörige Beeinträchtigung der Nachbarn durch Bienenzucht siehe RG. Bd. 12 S. 173, Seuffert Archiv Bd. 47 n. 97 (OLG. Stuttg.), Bälz, d. Recht an Bienen 1890 § 4.

12) Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 26. Wie aber hat die Verurteilung zu geschehen, um erzwingbar zu werden? Rocholl, Rechtsfälle Bd. 2 S. 379 empfiehlt, auf Entschädigung zu klagen für den Fall, daß sich der Beklagte nicht bis zum Urteil zur Herstellung bestimmter entsprechender Schutzeinrichtungen erbietet. Vgl. hierzu indessen RG. in Seufferts Archiv Bd. 51 Nr. 289, Bd. 53 Nr. 180.

13) arg. l. 5 C. de serv. 3, 34 „si injuriose exstruxit". Ist cautio damni infecti gefordert, so ist Schadensersatz in weiterem Umfange zu leisten, l. 29 D. de serv. praed. urb. 8, 2. Vgl. überhaupt RG. Bd. 6 S. 222, RG. bei Gruchot Bd. 32 S. 889, aber auch Bolze, Praxis d. RG. Bd. 13 S. 55.

1) So Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 518. Festus v. ambitus. Vgl. l. 14 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

2) l. 13 D. finium regundorum 10, 1. Vgl. Seuffert Archiv Bd. 47 n. 96 (RG.).

3) l. 14 § 1 C de servit. 3, 34.

4) Vgl. Vangerow § 297 Anm. 6, Seuffert Archiv Bd. 48 n. 246.

5) Das bezügliche Interdikt lautete nach l. un. pr. D. de glande legenda 43, 28: „glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto". Glans stand für jede Frucht. Streitfrage ist, ob „tertio quoque die" heißt: einen um den anderen Tag, was dem römischen Sprachgebrauche und der Natur der Sache entspricht, oder: je am dritten Tage, oder endlich;

3. Der Eigentümer eines unbebauten Grundstückes hatte die überragenden Zweige der Bäume des Nachbargrundstückes zu dulden, wenn sie 15 Fuß über dem Boden waren[6]; der Eigentümer eines Gebäudes war hierzu nicht verpflichtet.[7] Hinüberwachsende Wurzeln mußten beseitigt werden, wenn sie schadeten, insbesondere wenn sie die Fundamente des Nachbarhauses gefährdeten.[8]

4. Das unten belegene Grundstück hatte das vom höher belegenen abfließende Regenwasser aufzunehmen.

5. Der Nachbar war verpflichtet, dem Nachbargrundstücke in Notfällen den sog. Notweg gegen Entschädigung zu verstatten.[9]

6. Im römischen Reiche war vielfach Lokalstatut der Städte, daß die einmal bestehende Form der Häuser nicht zum Nachteile der Nachbarn ohne deren Zustimmung geändert werden dürfe.[10] Dies hat zwar nur historische Bedeutung, ist aber zum Verständnis mancher Erscheinungen des römischen Rechtes von Bedeutung.

Nicht selten, aber ungenau, bezeichnen Neuere die Nachbarrechte als Legalservituten.[11]

---

noch am dritten Tage, wie Ältere vermeinten. — Auch actio ad exhibendum bestand, l. 9 § 1 D. ad exhibendum 10, 4.

6) l. 1 § 7 D. de arboribus caedendis 43, 27. — Nach BGB. § 910 ist der Nachbar zur Beseitigung der herübergewachsenen Wurzeln oder Zweige befugt, es sei denn, daß sie die Benutzung seines Grundstücks nicht beeinträchtigen. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 82.

7) l. 1 pr. D. de arboribus caedendis 43, 27.

8) l. 1 C. de interdictis 8, 1.

9) Vgl. Menzel, das Recht des Notwegs, n. 19 ff. der — Wiener — Juristischen Blätter 1896, insbesondere über die Frage, ob unmittelbare nachbarliche Beschränkung oder Recht auf Enteignung besteht. Dies Nachbarrecht kennt auch BGB. §§ 917, 918, es sei denn der Notstand durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers hervorgerufen. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht, Bd. 3 § 84 S. 238.

10) Man sollte „formam ac statum antiquorum aedificiorum" einhalten, soweit dies im Interesse der Nachbarn lag, l. 11 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2, vgl. l. 41 § 1 D. eod., l. 12 C. de aedificiis privatis 8, 10. Dies entsprach der Weise der römischen Kaiserzeit, welche mühsam das Bestehende erhielt, so daß nach und nach das Leben erstarrte.

11) Vgl. Einf.Ges. z. BGB. Art. 124: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch andern als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwerfen."

Zweites Kapitel.

Erwerb und Verlust des Eigentumes.

I. Allgemeines.

§ 164. Die Erwerbsarten.[1]

Unausgesetzt treten neue Objekte in das Eigentum der Menschen. Rastlos vollzieht sich aber auch der Umsatz der Güter von einer Hand in die andere, teils von Todes wegen — was unserer Betrachtung zunächst fern bleibt —, teils unter Lebenden.

Die moderne Systematik[2] unterscheidet nach einem wichtigen juristischen Kriterium den Eigentumserwerb in *abgeleiteten — derivativen* — und *nicht abgeleiteten — originären*.[3] Der abgeleitete Erwerb ist durch das Eigentum des Vorgängers bedingt, der nicht abgeleitete ist dies nicht. Derivativ ist namentlich die Übereignung durch Tradition. Nicht abgeleitet sind diejenigen Erwerbsarten, welche herrenlose Güter einem Eigentümer zuführen, z. B. die Okkupation, ferner auch solche, die einen bloßen Wechsel des Eigentumes vermitteln, insbesondere die Ersitzung.[4]

Unsere Darstellung soll zuvörderst von dem Eintritt der Güter in das menschliche Eigentum und dann von dem Umsatze des Eigentumes handeln. Es ergibt sich hiernach folgende Klassifikation:

a) Erwerb herrenloser oder neu entstandener Güter durch *Tätigkeit des Erwerbers*, insbesondere durch Okkupation und Spezifikation.

b) Erwerb infolge des Eigentumes an einer anderen Sache.

Erwerb von Sachen infolge des Eigentumes an anderen wird *Akzession* genannt. Es kann sich dabei um eine bloße *Erweiterung* der Hauptsache handeln — Akzession im engeren Sinne[5] —, oder um Erwerb von Sachen, welche *selbständige Vermögensobjekte* bilden, z. B. die Schatzhälfte des Grundeigentümers, die Insel im Flusse.

c) Wechsel des Eigentumes in derivativer Weise.

d) Wechsel des Eigentumes durch Ersitzung.[6]

---

1) Czyhlarz, die Eigentumserwerbsarten bei Glück, Bücher 41, 42, Bd. 1, 1887.

2) Die römische Einteilung in zivile und naturale Erwerbsarten, je nachdem sie aus dem jus civile oder dem jus gentium stammen, l. 1 pr. D. de a. r. d. 41, 1, hat eine bloß historische Bedeutung. Vgl. über sie Czyhlarz a. a. O. S. 5.

3) Den Römern war diese Einteilung unbekannt. Vgl. über sie Czyhlarz a. a. O. S. 19. In etwas modifizierter Gestalt ist sie dem preußischen Landrecht zugrunde gelegt.

4) Siehe oben § 69 Anm. 1.

5) l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1, l. 26 § 1, l. 27 § 2 D. de a. r. d. 41, 1.

6) BGB. behandelt getrennt Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken — §§ 925 ff. — und an beweglichen Sachen — §§ 929 ff.

§ 165. Das Eigentumsrecht und die Sache.

Es gilt der Satz: eine Sache, ein Eigentum.[1] An körperlichen Bestandteilen einer Sache kann daher während der Verbindung ein besonderes Eigentum nicht entstehen.[2]

Die Fortdauer des Eigentumes ferner ist durch die Erhaltung der Sache bedingt. Doch bleibt es bestehen, wenn sich die Sache bloß verändert. Was aber sind die Bedingungen der Erhaltung der Sache? Ist es die Substanz oder ist es die Form, welche ihre Identität bestimmt?[3]

Den Juristen aus der peripatetischen Schule erschien die Gleichheit der Substanz als unwesentlich. Das Tier, die Pflanze bleibt dieselbe Sache, obwohl deren Substanz in beständiger Erneuerung begriffen ist und schließlich eine völlig andere wird. Daher war ihnen die Erhaltung der Form entscheidend.[4] Anders dachten die Juristen aus dem stoischen Lager. Der Most ist zwar anderer Art als der ausgegorene Wein, das Füllen hat eine andere Gestalt als das ausgewachsene Pferd. Trotzdem zweifelte man nicht an der Identität, da es sich um denselben Stoff handelte.

Nach heutiger Auffassung sind nicht derartige abstrakte Erwägungen, sondern tatsächliche Momente und die Anschauungen des Lebens maßgebend. Nicht selten hält man an der Identität fest, auch wenn sich Substanz oder Form ändern. Der Wechsel der Substanz wird namentlich dann nicht beachtet, wenn er sich allmählich vollzieht. Die Umgestaltung der Form andererseits ist in Fällen nicht wesentlich, in welchen die Identität der Substanz vor Augen liegt. Die Erhaltung des Namens der Sache kann für die volkstümliche Anschauung einen Fingerzeig geben. Entscheidend ist auch dieses Kriterium nicht.

II. Okkupation und Spezifikation.

§ 166. Okkupation.

Herrenlose, des Eigentumes fähige Sachen werden Eigentum des Okkupanten, falls das Recht über sie nicht anders verfügt.[1]

---

1) Brinz Bd. 1 § 130. Das BGB. sucht dieses Prinzip schroff durchzuführen.

2) Vgl. oben § 66 bezüglich der Früchte.

3) Vgl. auch O. Fischer, die Probleme der Identität und der Neuheit 1892. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 Kap. 3, die Lehre von der Identität der Körper; über die Bedeutung von Form und Stoff in der antiken Philosophie und Rechtswissenschaft, insbesondere über den Gegensatz zwischen der peripatetischen und stoischen Auffassung bei den Prokuljanern bzw. Sabinianern S. 28 ff.

4) Schon die Glosse zu l. 7 § 5 D. de a. r. d. 41, 1 besagt „forma id est esse rei", vgl. Landsberg, Glosse S. 238. In interessanter Weise entwickelt diese Ansicht Bechmann, Rechtsgrund der Spezifikation, im Archiv für ziv. Praxis Bd. 47 n. 2.

1) l. 3 pr. D. de a. r. d. 41. 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum: Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. § 12 J.

Okkupation ist die Besitznahme herrenloser Sachen mit dem Aneignungswillen. Das bloße Bemühen zu okkupieren gibt noch kein Vorrecht.[2] Der Okkupant braucht die Herrenlosigkeit nicht zu kennen. Wer herrenlose Sachen in diebischer Absicht an sich nimmt, wird also deren Eigentümer.[3]

Der Okkupation unterliegen Grundstücke[4] wie Mobilien, und zwar namentlich folgende Kategorien:

a) Objekte, welche noch nie im Eigentume standen, namentlich solche, welche die Natur beständig neu erzeugt: die freien Tiere des Festlandes, der Flüsse und des Meeres,[5] Vogelnester und -Eier, Honig wilder Bienen, Meeresprodukte, Eis der Flüsse.[6] Okkupierbar sind ferner noch nicht in Besitz genommene Meeresinseln.[7]

b) Was bereits im Eigentume stand, aber durch erbloſen Tod des Eigentümers, durch Dereliktion oder in anderer Weise herrenlos wurde, steht der Okkupation gleichfalls offen.[8] [9]

Befinden sich die herrenlosen Objekte auf privaten Grundstücken, so werden Kollisionen zwischen dem Okkupationsrechte und dem Grundeigentume möglich. Dieselben treten namentlich bezüglich der jagdbaren Tiere hervor.

Der Grundeigentümer war nach römischem Rechte befugt, das Betreten seines Grundstückes zum Zwecke der Okkupation z. B. durch Ein-

---

de rer. div. 2, 1. Leist, Natur des Eigentums S. 73, Czyhlarz a. a. O. S. 29. Vgl. BGB. „Aneignung" § 958 ff.

2) l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41, 1.

3) Vgl. l. 9 § 4 D. de juris et facti ignorantia 22, 6, abgedruckt oben § 157 Anm. 2. Gimmerthal im Archiv für ziv. Praxis Bd. 52 S. 539 lehrte das Gegenteil infolge eines arg. a contrario aus l. 2 pr. D. pro derelicto 41, 7 Paulus libro 54 ad edictum: Pro derelicto rem a domino habitum si sciamus, possumus adquirere; doch Paulus denkt dabei nur an den Fall, wie er sich gewöhnlich darstellt. An den sehr seltenen, daß man eine Sache wegnimmt, welche deren Eigentümer gerade zufälligerweise ohne unser Wissen derelinquiert hat, denkt er nicht. Anders Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 415.

4) Nach deutscher Rechtsauffassung unterliegen herrenlose Grundstücke der freien Okkupation nicht, sie sind vielmehr dem Staate oder den Gemeinden vorbehalten. Doch betrachtet man die freie Okkupation herrenloser Immobilien als gemeines Recht. BGB. § 928 Abs. 2 folgt der deutschen Rechtsauffassung. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 95 S. 274.

5) l. 1 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, §§ 12 ff. J. h. t. 2, 1.

6) Vgl. oben § 57 Anm. 12.

7) l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

8) Vgl. über Dereliktion unten § 186. Bloßes Aufgeben des Besitzes macht natürlich die Sache nicht herrenlos. In der christlichen Kaiserzeit bildete sich jedoch der Satz, daß man Eigentümer verlassener landwirtschaftlicher Grundstücke werde, wenn man sie in Kultur nehme. Dem bisherigen Eigentümer blieb nur ein Vindikationsrecht binnen zwei Jahren gegen Ersatz der für die Kultur aufgewendeten Kosten. l. 8 C. de omni agro deserto 11, 59, vgl. 11 C. eod.

9) Nach römischem Rechte galten als herrenlos auch Sachen der Feinde. Sie fielen dem Okkupanten anheim, l. 51 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Eroberte Grundstücke dagegen wurden ager publicus, l. 20 § 1 D. de captivis 49, 15. Über das heutige Recht vgl. Heffter, Völkerrecht §§ 130 ff., §§ 150 ff., Bluntschli, das Beuterecht im Kriege 1878.

zäunung zu verhindern. Der Okkupant, welcher sich trotzdem eindrängte, wurde zwar Eigentümer des von ihm okkupierten Gegenstandes;[10] aber der Grundeigentümer konnte ihn ausweisen und gegen ihn possessorisch und negatorisch auf Verbot und Schadensersatz klagen.[11] Dies gab dem Grundbesitzer die Möglichkeit, aus der Jagd einen regelmäßigen Ertrag zu ziehen. Die Jagd galt infolgedessen in Rom als Frucht des Grundstückes.[12 13]

Das gemeinrechtlich geltende deutsche Recht hat andere Normen. Der Eigentumserwerb durch Okkupation ist nach demselben auf die Jagd- und Fischereiberechtigten beschränkt. Wer wildert, wird demnach nicht Eigentümer des von ihm Erbeuteten.

§ 167. Spezifikation.[1]

Spezifikation nennt man die Umgestaltung fremder beweglicher Sachen zu neuer Form. Unter den römischen Rechtslehrern bestand ein Schulstreit darüber, ob trotz der Verarbeitung des fremden

10) l. 3 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum: Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi ne ingrederetur. Vgl. l. 16 D. de serv. praed. rust. 8, 3.

11) l. 3 § 2 D. uti possidetis 43, 17, l. 1 D. de loco publico 43, 9. Brinz Bd. 1 S. 569 Anm. 41 meint freilich, wer gegen Verbot gehe, sei nur injuriarum belangbar, für negatoria fehle es an der controversia juris, für uti possidetis an der controversia possessionis. Dies ist nicht zutreffend, vgl. oben § 150. Siehe jedoch Czyhlarz a. a. O. S. 54 und dort Zitierte.

12) l. 26 D. de usuris 22, 1, l. 12 § 12 D. de instructo 33, 7. Brinz S. 567 nimmt an, Frucht sei die Jagd nur, wenn in der Besitzung Jägerei, Fischerei bestehe und ein weidmännisch mit Jägern, Treibern, Jagdhunden und Jagdgeräten unterhaltener Jagdbetrieb eine ständige Rente abwerfe. In der Tat kommt es aber nur darauf an, ob die Jagd einen regelmäßigen wirtschaftlichen Ertrag der Sache bildet, siehe oben § 66 Ziff. 2. Das deutsche Recht hat andere Normen. Der Eigentumserwerb durch Okkupation ist auf die Jagd- und Fischereiberechtigten beschränkt. Wer wildert, wird demnach nicht Eigentümer des erbeuteten Wildes. Bestritten ist aber, ob der Wilderer als „unfreiwilliger Repräsentant" den Jagdberechtigten durch seine Okkupation zum Eigentümer macht, oder ob die Sache herrenlos bleibt, bis sie an den Jagdberechtigten, oder auch an einen gutgläubigen Erwerber kommt. Das Letztere ist das Richtige. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 70, RG. in Strafsachen Bd. 23 S. 89; BGB. § 958 Abs. 2 und hierzu Dernburg, Bürg. Recht § 111 S. 313.

13) Später haben Wächter, Jagdrecht in den Abhandlungen der Leipziger Juristenfakultät Bd. 1 S. 331, und Wendt in Jherings Jahrbüchern Bd. 19 n. 8 vergeblich Scharfsinn aufgeboten, um aus den römischen Quellen ein Jagdrecht moderner Art zu konstruieren. Wendt S. 413 bemerkt mit Recht, die actio furti gegen den Wilderer stehe und falle mit dem von ihm verteidigten Jagdrecht als der ausschließlichen Okkupationsbefugnis des Grundeigentümers. Aber eine solche Klage gegenüber dem Wilderer aus den Quellen nachzuweisen, ist ihm nicht gelungen. Es genügt übrigens, die in Anm. 10 gedruckte Stelle zu lesen, um zu wissen, was von der Konstruktion Wächters zu halten ist. Siehe auch Schirmer i. d. Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 11 S. 311, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt., Bd. 3 S. 23, Czyhlarz a. a. O. S. 64, Landucci archivio giur. XXIX. p. 386. Die richtige Ansicht vertrat schon die Glosse, vgl. Landsberg, die Glosse des Accursius S. 215.

1) Die Lehre von der Spezifikation ist wegen der mit ihr verbundenen interessanten allgemeinen Fragen besonders häufig durchforscht worden.

Stoffes das alte Eigentum an ihm fortdauere, oder ob an der neuen Sache ein neues Recht entstehe.[2]

Die Prokuljaner sprachen das Eigentum an der „nova species" demjenigen zu, der sie hergestellt hatte, während die Sabinianer den Eigentumswechsel ablehnten und die umgearbeitete Sache dem Eigentümer des Stoffes überließen. Neuere Schriftsteller erblicken in der prokuljanischen Auffassung einen wirtschaftlichen Fortschritt, den Triumph der schöpferischen Arbeit, welcher die Fähigkeit beigelegt werde, direkt Eigentum zu erzeugen.[3] Schwerlich mit Recht. Die römischen Schulmeinungen standen volkswirtschaftlichen Erwägungen im modernen Sinne fern; der wichtigste Faktor moderner Volkswirtschaft — die freie Arbeit wurde von ihnen kaum beachtet. Ihr theoretisches Denken stand unter dem Einfluß philosophischer Naturlehren, welche ihr Zeitalter beherrschten.[4] Man warf die Frage auf, ob durch die Spezifikation ein neues Rechtsobjekt entstanden sei und löste sie nach metaphysischen Gesichtspunkten. Aristoteles und mit ihm die Prokuljaner legen das Schwergewicht bei der Entstehung jeden Dinges auf die neue Form[5] — εἶδος, species —, welche die Materie oder bisherige Form in der Entwicklung aller Dinge verschlinge. Da aber im neuen εἶδος die Materie als vernichtet erscheint, so konnten auch die an sie geknüpften rechtlichen Beziehungen nicht fortbestehen und die neue Form nicht mehr mit der dinglichen Eigentumsklage beansprucht werden.[6]

2) Meykow, die L. v. d. Eigentumserwerbe durch Spezifikation in Osenbrüggens Dorpater juristischen Studien S. 149 ff. Bechmann, Rechtsgrund der Spezifikation im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 n. 2; Fitting, Spezifikation ebendaselbst Bd. 48 n. 1. 7. 13; Bremer, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 10 S. 1; Sulzer, der Eigentumserwerb durch Spezifikation 1884; darüber Schneider, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 26 S. 309 ff.; Czyhlarz a. a. O. S. 249; Ferrini im bulletino dell'istituto di diritto romano Bd. 2 S. 182; hierüber Schneider, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 36 S. 44; Perrozzi, materia e species im bulletino dell'istituto Bd. 3 S. 212 ff.; O. Fischer, des Problem der Indentität u. d. Neuheit 1892 § 6; hierzu Hellmann, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 37 S. 365 ff. Sokolowski in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 17 S. 242 und Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 69 ff.; Dissertationen: Paret, Erlangen 1892; Wolff, Breslau 1897; Zadig, Erlangen 1898; Strauß, Erlangen 1899; Albert Schultz, Greifswald 1901; Stortz, Tübingen 1903.

3) So namentlich Czyhlarz a. a. O. S. 317 ff., Sulzer a. a. O. S. 132 ff.; Paret a. a. O. S. 16 ff. Diese Auffassung wird schlagend widerlegt durch Labeo, den Begründer der sog. prokulianischen Lehre: L. 26 § 2 D. de adquir. rer. dom. 41, 1. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: Si meam lanam infeceris, purpuram nihilo minus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset. Ist Färben keine Arbeit? Die Färberei kein wirtschaftliches Gewerbe? Aber hierum kümmert sich Labeo gar nicht. Mit Purpur färben und Beschmutzen sei ein und dasselbe. Der Grund liegt darin, daß gefärbte Wolle Wolle bleibt, also ihre bisherige Form oder species behält. Anderen gilt nicht die schaffende Arbeit als das Bestimmende für den Erwerb des Spezifikanten, sondern die Okkupation der herrenlos gewordenen Sache. So namentlich Bechmann a. a. O.

4) Sokolowski a. a. O.

5) Über die aristotelischen Lehren vom Verhältnis der Form εἶδος — zum Stoff — ὕλη, vgl. die bei Sokolowski Zitierten: Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 74 ff.

6) Der dominus materiae kann keine dingliche Klage anstellen mit der Formel „si paret illum armarium Auli Agerii esse," weil etwa die Bretter, aus welchem der Schrank angefertigt wurde, sein Eigentum waren. Da das εἶδος oder die species der Bretter nicht mehr bestand, griff in bezug auf sie die Regel Platz: „exstincta res

Anders urteilten die Stoiker und ihre Anhänger, die Sabinianer. Ihnen erschien nicht die Form, sondern die Materie — οὐσία — als das Mächtige und Dauernde. Letztere konnte zwar durch Eigenschaften — ἕξεις, qualitates — bestimmt, niemals aber gleichviel durch welche Veränderung vernichtet werden.[7] Mit dem Stoff dauern aber auch die an ihm bestehenden Rechte fort und der dominus materiae hat daher die Befugnis, den Stoff aus dem Besitze des Spezifikanten zu vindizieren.[8]

Späterhin bildete sich eine gleichfalls von den Stoikern beeinflußte Mittelmeinung — media sententia, der sich auch Justinian anschloß. Der Stoffeigentümer sollte hiernach mit seinem Recht nur dann durchdringen, wenn es trotz der Spezifikation gelang, die Sache wieder so herzustellen, wie er sie ehedem besessen hatte, denn hier konnte die Arbeit des Spezifikanten ohne jede Spur getilgt werden und es war offenbar, daß die Materie unverändert fortbestand.[9] War eine solche Rückbildung nicht mehr möglich, wie z. B. bei der Umarbeitung von Stein, Zeugstoffen und dgl., dann sollte das Eigentum an der neuen Sache dem Spezifikanten zufallen.[10] Die abstrakte Lehre vom Verhältnis des Stoffes zur Form erfuhr hier eine Korrektur nach praktischen Gesichtspunkten. In jedem Falle setzte man aber guten Glauben des Spezifikanten voraus; auf deliktischem Wege erworbene Stoffe durften nach jeder Art von Verarbeitung kondiziert werden.[11]

---

vindicari non potest". Gaj. Inst. II § 79; § 26 J. de rer. div. 2, 1. Die Quellen betonen wiederholt, daß die Sache so vorhanden sein müsse, wie sie in der Vindikationsformel genannt wird, l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1: nam si statuae meae bracchium alienae statuae addideris, non posse dici bracchium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur. Der angelötete Arm hat kein eigenes εἶδος mehr, er ist zu einer neuen Gestalt mit der Statue verbunden „uno spiritu continetur". Vgl. ferner l. 23 § 2 D. eod., l. 6 eod. Paulus: Si in rem aliquis agat, debet designare rem . . . Octavenus ita definit . . . factae (materiae) speciem dici oportet. Cf. l. 27 § 1 D. de adquir. rer. dom. 41, 1 . . . nihil hic suum dicere potest prior dominus.

7) Die Stoische Lehre von der οὐσία in ihrem Verhältnis zur Auffassung der Sabinianer ist dargestellt bei Sokolowski a. a. O. S. 93 ff.

8) Diese scheinbare Härte der sabinianischen Auffassung wurde in der Praxis sehr wesentlich zugunsten des Spezifikanten gemildert durch das Institut der condemnatio pecuniaria, vgl. oben S. 239. Es stand hiernach dem beklagten Spezifikanten frei, nach eigenem Ermessen entweder den Kläger durch Herausgabe der vindizierten Sache zu befriedigen oder eine Verurteilung zum Ersatze ihres Wertes über sich ergehen zu lassen. Gegenstand der Schätzung war natürlich nur der verarbeitete Stoff — materia, οὐσία —, denn nur von ihm konnte der Vindikant behaupten — rem meam esse. Der Spezifikant hielt also bis zu einem gewissen Grade das rechtliche Schicksal der von ihm hergestellten Sache in seiner Hand, da es von ihm allein abhing, wem das Objekt schließlich verbleiben sollte. Sokolowski a. a. O. S. 95 ff.

9) l. 12 § 1, l. 24 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Diese späteste Mittelmeinung bildet einen weiteren Beleg dafür, wie fern den römischen Rechtslehrern moderne volkswirtschaftliche Arbeitstheorien standen. Die Regelung des ganzen Verhältnisses wird abhängig gemacht von Umständen, die mit der Arbeit des Spezifikanten nichts gemein haben, maßgebend ist der verarbeitete Stoff. Die kunstvollste Tätigkeit bleibt unberücksichtigt, jede Spur von ihr wird verwischt, sobald der Stoff von der Art war, daß seine ursprüngliche rohe Form wieder hergestellt werden kann.

10) Gehörte der verarbeitete Stoff dem Spezifikanten auch nur zum Teil, dann fällt ihm das Arbeitsprodukt in jedem Falle zu; § 25 J. de rer. div. 2, 1, indessen hier handelt es sich um Eigentumserwerb durch Akzession.

Der Spezifikant konnte vom Stoffeigentümer auf seine Bereicherung in Anspruch genommen werden, im Zweifel mit der condictio sine causa.

III. Fruchterwerb.

§ 168. Die Fälle des Fruchterwerbes.[1]

Im folgenden ist vorzugsweise vom Erwerb der von Grundstücken abgesonderten Früchte die Rede. Die hier entwickelten Regeln werden entsprechend auf andere fruchttragende Sachen angewendet.

Die Früchte gehören entweder dem Eigentümer des Grundstückes oder anderen Nutzungsberechtigten.

1. Dem Eigentümer fallen die Früchte seines Grundstückes unmittelbar mit der Trennung zu.[2] Dies ist Eigentümerrecht, welches immer zur Geltung kommt, wenn nicht besondere und stärkere Nutzungsrechte bestehen. Der Eigentümer erwirbt die Früchte seines Grundstückes, auch wenn er nicht in dessen Besitz ist, auch wenn ein Dritter pflanzte oder erntete.[3] Insbesondere wird er Eigentümer der Früchte, die der bösgläubige Besitzer seines Grundstückes zieht.

2. Der Emphyteuta wird gleichfalls Eigentümer der Früchte mit deren Trennung. Denn sein Recht ist dem des Grundeigentümers nachgebildet.[4]

3. Der Nießbraucher dagegen hat keine eigentumsgleiche Stellung, sondern nur das Recht die Früchte zu gewinnen.[5] Hieraus folgerte man — namentlich auf die Autorität Julians hin —, daß der Nießbraucher die Früchte erst durch die Perzeption, d. h. durch Besitznahme, erwerbe.[6] Daher bleiben die Früchte dem Grundeigentümer zu

---

11) l. 13, 14 §§ 2, 3 D. de cond. furt. 13, 1.

1) Vgl. oben § 66. Die einzelnen Fälle des Fruchterwerbes beruhen auf verschiedenen juristischen Gesichtspunkten; sie gehören teils zur Akzession, teils nähern sie sich dem Erwerb durch Tradition, teils dem durch Spezifikation. Vgl. BGB. §§ 953ff., Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 110 S. 307.

2) Die Quellen heben dies vorzugsweise bei Tierjungen hervor, § 19 J. de rer. div. 2, 1, l. 2, l. 6 D. de a. r. d. 41, 1, l. 5 § 2 D. de rei vind. 6, 1, um zu konstatieren, daß das Tierjunge dem Eigentümer des Muttertieres gehört, nicht dem etwa verschiedenen Eigentümer des befruchtenden Tieres. Vgl. übrigens Czyhlarz a. a. O. S. 389.

3) l. 25 pr. D. de usuris 22, 1 Julianus libro 7 digestorum . . . „fructus non seminis, sed jure soli percipitur". So auch BGB. § 953.

4) l. 25 § 1 in fine D. de usuris 22, 1. Es ist anzunehmen, daß auch der Prekarist aus gleichem Grunde Eigentümer der Früchte mit deren Trennung wird.

5) l. 25 § 1 D. de usuris 22, 1 cit., l. 13 D. quemadm. usus fructus 7, 4 und die unten Anm. 7 abgedruckte l. 12 § 5 D. de usu fructu 7, 1.

6) Streitig ist, ob der Nießbraucher Eigentümer an Tierjungen mit deren Geburt ohne Besitznahme wird. Dafür l. 28 pr. D. de usuris 22, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum: In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Gajus schrieb, wie man aus dieser Stelle schließen darf, dem Nießbraucher Eigentum an den Früchten mit der Separation zu. Er wendete dies nur speziell auf Tierjunge an. Seinem gesunden praktischen Sinne widerstrebte die gekünstelte Lehre

eigen, wenn der Nießbraucher nicht im Besitze des Grundstückes ist, ja selbst dann, wenn sie ein Dritter vom Nießbrauchsgrundstücke wegstiehlt.[7]

4. Der Pächter gewinnt die Früchte gleichfalls durch Perzeption. Sein Recht auf die Früchte ist nur ein obligatorisches. Nach römischem Rechte war es daher durch die fortdauernde Einwilligung des Grundeigentümers bedingt[8] und hörte mit deren Zurücknahme auf, selbst wenn sie gegen den Mietkontrakt verstieß.[9]

5. Der gutgläubige Besitzer gewinnt unmittelbar mit der Trennung der Früchte an ihnen Eigentum.[10] Insoweit hat er bezüglich der Fruchtgewinnung dieselbe Stellung wie der Eigentümer. Diese Regel hat sich an der Hand des Prozesses entwickelt. Die Sache wird in dem Zustande vindiziert, wie sie zur Zeit des Streitbeginnes vorlag. Was an Sachteilen vor diesem Zeitpunkt veräußert, verbraucht, vernichtet war, ist nicht Gegenstand der dinglichen Klage. Nehmen wir an, A. habe als unrechtmäßiger Besitzer eines Hauses die Hälfte abgebrochen und das Material verkauft oder vernichtet, so gehört die so beseitigte Substanz nicht mehr zum Vindikationsobjekt. Wie die Sachteile wird auch der substanzielle Zuwachs behandelt. Auch die veräußerte oder vernichtete Frucht kann nicht vindiziert werden, wenn die Trennung und Vernichtung vor der litis contestatio erfolgte. In diesem Moment aber ändert sich die Lage. Der

---

Julians, wonach der Nießbraucher die Früchte erst durch Perzeption zu Eigentum erwarb. In der justinianischen Kompilation aber ist infolge der Annahme der Doktrin Julians im allgemeinen, was Gajus als prinzipielles Recht dachte, zu einem Sonderrecht für Tierjunge geworden. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 422 ff. und dort Angeführte.

7) l. 12 § 5 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Julianus libro 35 digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea, ut interim fierent proprietarii, mox apprehensi fructuarii efficientur . . . verum est enim condictionem competere proprietario. Ulpian benutzt also die Fassung des Einwandes des Marcellus, um denselben zu schlagen. Czyhlarz a. a. O. S. 438 Anm. 77.

8) l. 62 § 8 D. de furtis 47, 2, l. 4 § 1 D. de reb. cred. 12, 1. Czyhlarz a. a. O. S. 459. Abweichend Blume in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 439. Nach BGB. § 956 erwirbt der Pächter die Früchte mit deren Trennung.

9) Nach modernem Recht wäre eine derartige Zurücknahme ohne Bedeutung, denn der Verpächter hat nicht mehr das Recht beliebiger Exmission des Pächters. Vgl. auch BGB. § 956 Abs. 1 Satz 2.

10) Vgl. Savigny, Besitz § 22a S. 276. Backe, bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit, Berol. 1825; Vangerow Bd. 1 § 326 Anm 2; Windscheid in Lindes Zeitschr. neue Folge Bd. 4 n. 3; Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 281; Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 154; Czyhlarz a. a. O. S. 469 ff.; Göppert, organische Erzeugnisse; Köppen, der Fruchterwerb des bonae fidei possessor, 1872, dazu Waldek im Archiv für ziv. Praxis B. 57 n. 15 und Huschke in derselben Zeitschr. Bd. 63 n. 15; Petražycki, Fruchtverteilung, 1892 S. 88. Reichel in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 221. Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 482 ff., dem diese Darstellung entnommen ist.

Beklagte darf keine Bestandteile mehr vom Streitobjekt entfernen, er darf auch den Zuwachs nicht mehr veräußern oder vernichten. Baum- und Bodenfrüchte, die sich ohne jedes Zutun von der Hauptsache absonderten, muß er aufbewahren, gleichwie die Sachteile, welche sich von selbst von dem Streitobjekt lösten. Das ist der Grund, weshalb die auf dem streitigen Grundstück nach der litis contestatio vorhandenen Naturalfrüchte — fructus exstantes — dem siegreichen Kläger unter allen Umständen herauszugeben sind.[11] Der subjektive Charakter des Besitzes wurde im älteren Verfahren nicht untersucht, es gibt nur einen besiegten oder siegenden Besitzer, sein guter oder böser Glaube kam nicht in Frage.[12]

IV. Die Fälle der Akzession.

§ 169. Der Schatzerwerb.[1]

1. Schatz — thesaurus — ist eine in einem Grundstücke aufgefundene, daselbst längere Zeit verborgen gewesene Wertsache, deren Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist.[2] Nach altrömischer Auffassung war

11) Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 483 ff. aber auch Pernice, Labeo, Aufl. 2 Bd. 2 S. 347 ff. Es handelt sich hier um die Regelung des interimistischen Besitzes am Streitobjekt während des Prozesses, was man früher auch durch Vindizienbestellung und die fructuum licitatio erstrebte. — Die Regelung des Fruchtgenusses während des Prozesses wird hier durch die Haftung für die fructus exstantes bezweckt. An Stelle der radikalen Fruchtschätzung im Falle der falschen Vindizien, gewinnt die sog. omnis causa einen weiteren Spielraum. Es gilt die Auffassung, der beklagte Besitzer müsse alles herausgeben, was er nicht gehabt hätte, wenn der Kläger im Moment der litis contestatio befriedigt worden wäre.

12) Bekanntlich geht aber das Prozeßrecht dem malae fidei possessor schärfer zu Leibe, indem er auch für die vor der litis contestatio bezogenen Früchte einsteht, er haftet aber obligatorisch wegen gesetzwidriger Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung § 2 J. de offic. jud. 4, 17; l. 4 § 2 D. fin. reg. 10, 1; l. 22 § 2 D. de pign. act. 13, 7; l. 17, l. 22 C. de rei vind. 3, 32, l. 3 C. de cond. ex lege 4, 9; l. 16 C. de praed. 5, 71, l. 4 § 2 Cl de crim exp. her. 9, 32. In den Quellen findet sich aber der Hinweis, daß der bonae fidei possessor deshalb Nachsicht verdiene, weil er auf die Streitsache Arbeit und Pflege verwandt habe, § 35 J. de rer. div. 2, 1. Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua justa causa aeque bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus, quos percepit ejus esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Es liegt aber auf der Hand, daß der gute oder böse Glaube nichts mit dieser sog. „cura et cultura" zu tun hat, daß ein bonae fidei possessor das Streitobjekt vor dem Prozeßbeginn vernachlässigen kann, ohne hierfür einzustehen und daß die sorgsamste Pflege der Sache den malae fidei possessor seiner persönlichen Haftung aus der condictio nicht überhebt. Manche erklären die Stelle für interpoliert. Göppert a. a. O. S. 332 ff. Um den Ausdruck eines tiefen Verständnisses für den ökonomischen Wert der Arbeit handelt es sich aber hier jedenfalls nicht. Gegen die Interpolation Petrażycki a. a. O. S. 90. Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 492 ff.

1) Gimmerthal im Archiv für ziv. Praxis Bd. 51 n. 4, André, d. L. v. Schatz, Berliner Inaug.Diss. 1884, Czyhlarz a. a. O. S. 207, Pampaloni, il concetto giuridico del tesoro in per l'VIII centenario della U. di Bologna studi giuridici e storici 1888 S. 101,

2) l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41. 1. Paulus libro 31 ad edictum. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit. Gewöhnlich handelt es sich um Dinge, die seit alters verborgen sind; notwendig ist dies nicht.

der Schatz Akzession des Grundeigentums.[3] Eine Verordnung Hadrians traf indessen eine billige Vermittelung.[4] Ihr zufolge gehört der Schatz zur Hälfte dem Finder, zur Hälfte dem Grundeigentümer. Er fällt aber dem Grundeigentümer ganz anheim, wenn der Finder absichtlich auf dessen Boden nach Schätzen suchte.

2. Die herrschende Ansicht behandelt den Schatzerwerb als Unterart der Okkupation. Man hat hieraus gefolgert, daß der Finder durch Besitznahme Eigentümer des ganzen Schatzes werde und nur obligatorisch zur Abgabe der Hälfte an den Grundherrn verpflichtet sei.[5] Dies Ergebnis entspricht aber weder der historischen Entwicklung noch dem Tatbestand des römischen Schatzrechtes.

Hiernach wird vielmehr der Grundeigentümer unmittelbar Eigentümer seines Anteils am entdeckten Schatz durch Akzession.[6] Der Finder begeht also eine Unterschlagung, wenn er sich dolos den Schatz ganz aneignet, während er straflos bleiben müßte, wenn er nur zur Abgabe des Anteils des Grundeigentümers persönlich verbunden wäre.

Auch der Finder erwirbt seinen Anteil nicht durch Okkupation, sondern von Rechts wegen. Er verdient denselben, weil er den Schatz der menschlichen Gesellschaft zurückgab. Es genügt, daß er dies durch seine Entdeckung bewirkte, und es schadet ihm nichts, wenn ihm andere zuvorkommen und den Schatz für sich in Besitz nehmen.[7]

3. Geisterbeschwörung beim Suchen des Schatzes war in Rom strafbar.[8]

4. In Mobilien verborgene Schätze sind analog zu behandeln.[9] [10]

---

3) Vgl. Plautus Trinummus l. 2 v. 104 ff. Insbesondere ergibt sich die Zugehörigkeit des Schatzes zum Grundeigentum nach republikanischem Rechte aus l. 3 § 3 D. de a. vel a. p. 41, 2 . . . Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse. Vgl. l. 2 § 39 D. de orig. juris 1, 2.

4) § 39 J. de rer. div. 2, 1, l. 1 § 3 C. de thesauris 10, 15. So auch BGB. § 984, vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 117 S. 342.

5) Diese Konsequenz hat Puchta gezogen. Hiergegen spricht § 39 J. h. t. dimidium domino soli concessit . . . si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium Caesaris esse, ferner l. 63 D. de a. r. d. 41, 1 und l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 dimidiam partem fisco vindicari, vgl. Dernburg, krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 148. Czyhlarz a. a. O. — Arndts § 154, Windscheid Bd. 1 § 184, Brinz Bd. 1 § 148 stellen den Schatzerwerb noch immer unter die Okkupation.

6) Der gutgläubige Besitzer des Grundstückes, desgleichen der Emphyteuta und Superfiziar haben auf die Eigentumshälfte kein Recht. Czyhlarz a. a. O. S. 235.

7) § 39 J. cit. „dimidium inventoris esse", l. 31 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 „fit ejus, qui invenerit", l. 63 § 1 D. eod. „inventori cedit". Dernburg, krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 148, dagegen Brinz Bd. 1 S. 572. Vgl. namentlich Czyhlarz a. a. O. S. 229, Seuffert Archiv Bd. 51 n. 9 (RG.)

8) l. 1 § 1 C. de thesauris 10, 15.

9) Dies ist die herrschende Ansicht, siehe Wilhelm Sell, Versuche I. 3, Windscheid Bd. 1 § 184 Anm. 11, Bl. f. Rechtspfl. i. Thüringen u. Anhalt n. F. Bd. 18 S. 356. Dagegen Böcking, Institt. § 150 Anm. 31, vgl. l. 67 D. de rei vind. 6, 1. Auch BGB. § 984 unterscheidet nicht.

10) Nach § 39 J. de rer. div. 2, 1 gebührt der im locus sacer oder religiosus zufällig gefundene Schatz dem Finder ganz, nach l. 3 § 10 D. de jure fisci 49, 14 aber fällt die Hälfte des im locus religiosus Gefundenen an den Fiskus. Die Aufnahme der letzteren Stelle beruht wohl auf Versehen. Nach heutigem Rechte, in welchem

5. Wer verlorene Sachen, welche nicht verborgen lagen, bemerkte und an sich nahm — Fund — wurde als negotiorum gestor angesehen. Als solcher hatte er Anspruch auf Ersatz der im Interesse des Verlierers gemachten Auslagen, nicht aber auf Finderlohn.[11] Das Eigentum fällt ihm nicht zu, wenn sich auch der Verlierer lange Zeit nicht meldet. Ein besonderes Fundrecht kannten die Römer nicht.[12]

§ 170. Erwerb nach Uferrecht.

1. Die Grenzen der Grundstücke an öffentlichen[1] Flüssen sind schwankende, da das Bett fließender Gewässer steten Veränderungen ausgesetzt ist Das Land, welches ein Fluß dauernd überströmt und zu seinem Bette macht, wird zur öffentlichen Sache. Soweit er dagegen sein bisheriges Bett verläßt, fällt der Boden in das Eigentum der Ufernachbarn.[2] [3]

2. Das Flußbett reicht nach römischem Rechte soweit wie der höchste,[4] nach deutschem Rechte soweit wie der mittlere Wasserstand.

3. Der Ufernachbar erwirbt:

a) Alluvionen, d. h. allmähliche Anschwemmungen, sie vergrößern die Ufergrundstücke.[5]

b) Avulsionen, d. h. durch den Fluß abgerissene Erdstücke, sie treten dem Grundstücke, dem sie angetrieben werden, hinzu, wenn sie sich mit ihm fest, insbesondere durch eine Pflanzendecke, verbinden.[6]

c) Das verlassene Flußbett wird Eigentum der Ufernachbarn.[7]

d) Nicht minder gehört die Flußinsel[8] den Ufernachbarn.[9]

---

das Eigentum derartiger Orte der Kirche oder der Gemeinde zusteht, haben diese das Recht auf die Hälfte als Eigentümer. Anders Czyhlarz a. a. O. S. 246.

11) Vgl. l. 43 §§ 8 und 9 D. de furtis 47, 2.

12) Nach BGB. § 973 erhält der Finder, wenn der Eigentümer nicht zu ermitteln ist, nach Ablauf 1 Jahres das Eigentum des Fundes, ferner nach § 971, wenn er die Sache dem Eigentümer zurückgibt, Finderlohn.

1) Nur um öffentliche Flüsse handelt es sich zunächst. Vgl. aber unten Anm. 14 und oben § 61.

2) l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 abgedruckt oben § 61 Anm. 3.

3) Dies gilt nach römischem Rechte nicht für die agri limitati, l. 16 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 §§ 6, 7 D. de fluminibus 43, 12. Vgl. oben § 62 Anm. 3 und 4.

4) l. 1 § 5, l. 3 § 1 D. de fluminibus 43, 12, l. 112 D. de V. S. 50, 16, vgl. § 3 J. de rer. div. 2, 1.

5) § 20 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 C. de adluvionibus 7, 41.

6) § 21 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. Über die Abhandlungen von Landucci und Pampaloni bezüglich der avulsio im archivio giuridico von Serafini vol. XXXI p. 157, p. 424, p. 498, vol. XXXII p. 167; Schneider in der Münchener krit. Vierteljahrsschr. n. F. Bd. 8 S. 60ff. — Der Ausdruck avulsio ist dem corpus juris fremd. Vgl. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Bd. 1 S. 161ff.

7) § 23 J. de rer. div. 2, 1, l. 30 § 1, l. 56 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Aus l. 24 D. quemadm. usus fruct. 7, 4 geht hervor, daß Labeo eine andere Ansicht hatte; hierauf hat mich Victor v. Juschkiewitsch aufmerksam gemacht. Brugi, Archivio giuridico Bd. 42 S. 303.

8) Über den Inselerwerb vgl. namentlich Henrici in Iherings Jahrbüchern

Und zwar wächst jeder Teil des verlassenen Flußbetts, wie jeder Teil der Flußinsel bei seiner Entstehung dem nächstbelegenen Uferlande zu. An den Punkten, welche gleich weit von den einzelnen Ufergrundstücken entfernt sind, bilden sich Grenzen.

Nach der gewöhnlichen Lehre wird dagegen der Anteil der Ufernachbarn an der Insel einerseits durch eine inmitten des Flusses gezogene Linie und andererseits durch Linien bestimmt, welche von den Grenzpunkten der einzelnen Ufergrundstücke senkrecht auf jene Mittellinie fallen. Dies ist nur zutreffend für Inseln, welche in einem Strome entstehen, der zwischen parallelen Ufern gerade dahinfließt. Für andere Fälle, insbesondere für Inseln in Buchten der Flüsse, ist hiermit kein Teilungsprinzip gegeben.[10]

Ufergrundstücke auf Inseln haben dasselbe Recht wie die des Festlandes.[11]

4. Die Flußakzessionen fallen den Ufernachbarn von Rechts wegen zu; einer Besitznahme bedarf es nicht. Die Alluvionen und Avulsionen gelten als Teile der Ufergrundstücke, die sie vergrößern; das verlassene Flußbett und die Flußinsel dagegen bilden neue selbständige Grundstücke.[12]

Bd. 13 n. 2, Bd. 15 n. 7, Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 T. 4 S. 403 ff., ferner Zirndorfer in der Zeitschrift der Savignystiftung romanistische Abt. Bd. 4 S. 233, endlich die beachtenswerte Rostocker Inaug.-Diss. von Spiegelberg, Eigentumserwerb an Flußinseln 1886.

9) § 22 J. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1, l. 29, l. 30 pr. § 2, l. 65 §§ 1 ff. D. eod., l. 1 § 6 D. de fluminibus 43, 12. Labeo war der Ansicht, daß nach der Rechtskonsequenz die im öffentlichen Flusse entstehende Insel dem Volke zugehöre, l. 65 § 4 D. de a. r. d. 41, 1 Labeo libro 6 Pithanon: Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Hierin lag nicht „eine rein theoretische Bemerkung" — wie Pernice, Labeo Bd. 1 S. 274 annimmt, — sondern der Widerspruch gegen eine ihm unrichtig erscheinende Praxis, von dem ein bedeutender, in der Praxis angesehener Jurist wie Labeo Erfolg erwarten konnte. Den Ausspruch von Labeo in Übereinstimmung mit den Äußerungen der anderen Pandektenjuristen zu bringen, ist ein ebenso oft angestelltes, wie aussichtsloses Unternehmen. Vgl. noch Ubbelohde a. a. O. S. 379.

10) Nach wiederholter Prüfung schließe ich mich den Ausführungen von Henrici in Iherings Jahrbüchern a. a. O. an. Das maßgebende Prinzip stellt Celsus auf, wenn er entscheidet „cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit", l. 30 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Hiernach erklärt Pomponius in der l. 30 cit. § 2 „insula fit ejus, cujus ager propior fuerit cum primum exstitit", vgl. l. 56 pr. D. eod., l. 65 § 2 und 3 eod. — Gajus libro 2 rerum cottidianarum, l. 7 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 führt allerdings aus: in flumine nata — quod frequenter accidit —, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Scheinbar mit Recht stützt sich auf diesen Satz die herrschende Lehre, indessen liege hierin nichts als die Darstellung des Prinzipes für den einfachsten Fall. In anderen Fällen führt derselbe Grundsatz zu anderen Konsequenzen. Gegen Henrici wenden sich Preußer in Seufferts Archiv Bd. 26 n. 221 und Windscheid Bd. 1 § 185 Anm. 1. Ubbelohde a. a. O. und wenigstens grundsätzlich Zirndorfer a. a. O., sind ihm beigetreten.

11) l. 65 § 3 D. de a. r. d. 41, 1.

12) l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere. sed si insula juxta fundum in

§ 171. Inkorporation in Grundstücke.

Werden einem Grundstück *Gebäude* und *gebäudeähnliche Anlagen*, welche nicht bloß vorübergehenden Bedürfnissen dienen, eingebaut, verwachsen ferner mit ihm *Pflanzen* durch Einwurzeln, so werden sie *Bestandteile* des Grundstücks und fallen dem *Grundeigentümer* zu — superficies solo cedit.[1]

Es macht hiernach keinen Unterschied, ob die Einverleibung durch den Grundeigentümer oder durch einen Dritten, ob sie absichtlich oder zufällig geschah. Das Einverleibte fällt dem Grundeigentümer selbst dann zu, wenn er es entwendet hatte. Im übrigen ist zwischen Einbauen und Einwurzeln zu unterscheiden:

1. Der Eigentümer verliert an *verbauten Materialien* sein Eigentum nicht endgültig,[2] es sei denn, daß er dasselbe freiwillig aufgab oder Ersatz für dasselbe erhielt.

Sein Eigentum *ruht* nur und wacht mit der Trennung des Verbauten von dem Grundstück wieder auf.[3] Es gilt dies selbst in dem Falle daß der unredliche Besitzer eines fremden Grundstückes seine Materialien in dasselbe zu eigenen Zwecken verbaute.[4]

---

flumine nata sit, ejus usum fructum ad fructuarium non pertinere . . . quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. Vgl. l. 3 § 2 D. de aqua 43, 20, Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 436. Die ausgeführten Grundsätze finden auch auf Privatflüsse Anwendung, wenn nicht etwas anderes aus den besonderen Eigentumsverhältnissen an denselben im gegebenen Falle folgt. Auf Landseen sind sie nicht anzuwenden, l. 12 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Einf.-Ges. zum BGB. Art. 65 überläßt den Erwerb nach Uferrecht der Landesgesetzgebung.

1) Gaj. Inst. II § 73, l. 44 § 1 in fine D. de obl. et act. 44, 7, l. 98 § 8 D. de solut. 46, 3, l. 2 D. de superficiebus 43, 18. Zaun im Archiv für zv. Praxis Bd. 43 n. 10 und n. 13. Unsere früheren Auflagen gaben dem Satze eine viel weitere Tragweite, dagegen aber Biermann in Iherings Jahrb. Bd. 34 Nr. 4, dem wir jetzt folgen. Bestandteile des Grundstücks werden auch Dachziegel, die nur durch Auflegen mit dem Dach verbunden sind, l. 8 D. quod vi aut clam 43, 24.

2) l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum: Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit ejus dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem XII tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet . . . ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere. Dies Wiederaufwachen des Eigentums entspricht, wie Göppert, einheitliche Sachen S. 91 mit Recht bemerkt, „einem stark entwickelten Respekt vor dem Eigentume, wie ihn namentlich das ältere römische Recht zeigt".

3) Man spricht zutreffend von „ruhendem Eigentum", Windscheid Bd. 1 § 188 Anm. 13. Dagegen Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 50. Schon die Römer haben sich die Erscheinung in verschiedener Weise zurechtgelegt, vgl. z. B. l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 59 D. de rei vind. 6, 1. Das gleiche ist bei den Neueren der Fall. Siehe die bei Windscheid a. a. O. Zitierten, insbesondere Demelius, Exhibition S. 100, sowie A. Schmidt, Zeitschr. der SavStiftg., rom. Abt. Bd. 11 S. 125, Hölder Pand. S. 377, Pernice, Labeo, Bd. 2 Aufl 2 S. 317 Anm. 4. Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 135 ff.

Aber die Trennung des Verbauten kann in der Regel nicht erzwungen werden, da sie eine wirtschaftlich schädliche Wertzerstörung in sich schlösse.[5] Einen Ersatz hierfür bot in Rom die actio de tigno juncto, vermöge deren der Eigentümer verbauten Materials Ersatz seines doppelten Wertes von dem Grundeigentümer fordern konnte, welcher es ohne seine Zustimmung verwendet hatte.[6] Heutzutage ist er auf Ersatz seines Interesses beschränkt.[7]

Wer jedoch als Besitzer oder als Pächter auf einem fremden Grundstück Bauten errichtet, kann das Verbaute wegnehmen, wenn der Eigentümer bei der Rückforderung des Grundstücks zum Ersatz der Verwendung nicht bereit ist — jus tollendi.[8]

2. Pflanzen, welche in einem fremden Grundstücke Wurzel geschlagen haben, gehen dem bisherigen Eigentümer für immer verloren. Er kann sie auch im Falle späterer Trennung nicht in Anspruch nehmen.[9]

§ 172. Inkorporation in Mobilien.

I. Werden Mobilien, ohne daß eine Verarbeitung und damit Spezifikation erfolgt, zu einem technischen oder künstlerischen Ganzen verbunden, so kann das von Einfluß auf die rechtliche Stellung der Bestandteile sein.

Nach der ältesten römischen Auffassung sollte die Verbindung von Sachen verschiedener Eigentümer keine Änderung der bestehenden

4) So l. 2 C. de rei vind. 3, 32. Gajus dagegen entscheidet sich für den definitiven Eigentumsverlust aus dem unzutreffenden Grunde „si scit alienum solum esse, sua voluntate amississe proprietatem materiae intellegitur", l. 7 § 12 D. de a. r. d. 41, 1, im § 30 J. de rer. div. 2, 1 wiederholt. Bei dem Widerspruche der Quellen wird man sich der Argumentation von Gajus nicht anschließen. Dies ist auch die Meinung Windscheids Bd. 1 § 188 Anm. 21. Über die Vereinigungsversuche siehe dort.

5) l. 6 D. ad exhibendum 10, 4, l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, § 29 J. de rer. div. 2, 1. Schon die 12 Tafeln hatten dies für „Gebäude" und für „Weinbergspfähle" bestimmt, l. 1 pr. D. de tigno juncto 47, 3. Czyhlarz z. Lehre v. tignum junctum in der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht Bd. 21 n. 2.

6) Tit. Dig. de tigno juncto 47, 3. Huschke ad leg. XII tab. de tigno juncto 1837. Ursprünglich bezog sich die Klage auf „gestohlenes" Baumaterial, l. 1, l. 2 D. h. t. 47, 3. Aber man dehnte sie auf fremdes Baumaterial aus, l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1, l. 6 D. ad. exhibendum 10, 4; nur da greift sie nicht ein, wo die Verbindung mit Einwilligung des Eigentümers geschah, l. 63 D. de don. inter vir. et uxor. 24, 1. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 188 Anm. 16, Lenel edictum S. 265, dagegen Bangerow Bd. 1 § 300, Pernice Labeo Bd. 2 Aufl. 2. S. 318, Czyhlarz a. a. O. S. 95.

7) Wer in gutem Glauben verbaute, ist nur auf Höhe der Bereicherung verhaftet.

8) Siehe unten § 190 Anm. 11. l. 19 § 4 D. locati 19, 2, Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 50.

9) l. 26 § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum, arbor . . . ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam; vgl. l. 9 § 2 D. de damno infecto 39, 2 verb.: „nec arbor". Die Grundlage dieser Auffassung bildete die Lehre des Aristoteles, nach welcher die Pflanze aus Wasser und der Erde des Wurzelbodens bestehe: De historia animal. V 1 p. 539 a 15; Meteriologia IV 8 p. 384 b 30; cf. Sokolowski a. a. Bd. 1 S. 148 ff. Die Verpflichtung des bösgläubigen Erwerbers des Baumes zum Ersatze des Interesses, des gutgläubigen zur Erstattung der Bereicherung ist selbstverständlich. Die römischen Juristen gaben zu diesem Behufe eine utilis rei vindicatio auf den Baum, wenn die Leistung nicht erfolgte, l. 5 § 3 D. de rei vind. 6. 1. Vgl. übrigens Wächter, Pand. Bd. 2 § 133 Beil. IV.

Rechtslage zur Folge haben. Jeder Interessent konnte mit Hilfe der actio ad exhibendum eine Trennung der verbundenen Gegenstände herbeiführen und alsdann die ihm gehörige Sache vindizieren. Das galt z. B. für Edelsteine, welche in fremdes Gold oder Silber gefaßt wurden, für Bretter, aus denen ein fremdes Schiff gezimmert war, für Stücke einer fremden Bildsäule u. a. m.[1]

Die gelehrten Juristen der Kaiserzeit untersuchten die Rechtswirkung der Verbindung verschiedener Objekte von ihrem *naturphilosophischen Standpunkt* aus; infolgedessen teilten sich hier wie in der Spezifikationslehre die Ansichten der beiden Schulen. Die *Prokuljaner* hielten dafür, daß eine fremde Sache, welche mit einem Gegenstand von bestimmter Form oder Gestalt verbunden ist und in ihm aufgeht, ihre Sonderexistenz einbüße und dem Eigentümer der sog. Hauptsache zufalle.[2] Wo das Übergewicht einer bestimmten *Form* bei keiner der verbundenen Sachen vorlag wie z. B. bei der Verbindung oder Vermengung von Rohstoffen, da sollte die Verbindung ohne Rechtswirkung bleiben und jeder Beteiligte sein Eigentum behalten.[3]

Im Gegensatz hierzu leugneten die *Sabinianer* wie auch in der Spezifikationslehre unter stoischem Einfluß jedes Übergewicht der Form, indem sie die *Materie* für das wahrhaft Seiende erklärten. Daraus ergab sich, daß die Verbindung mehrerer Sachen, die stofflich erhalten blieben, keinen Einfluß auf ihre Existenz und Rechtslage haben konnte und das am Bestandteil konstituierte Eigentum unverändert fortdauerte.[4] Mit dieser Lehre treten die Sabinianer wieder auf den Boden der ursprünglichen Auffassung zurück.

II. Der gleiche Gegensatz zwischen den Schulen trat zutage in der Beurteilung der Rechtslage eines *Gemäldes* — pictura —, welches

---

1) Vgl. l. 6 D. ad exhib. 10, 4, l. 7 §§ 1, 2 D. eod. l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1; Göppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen S. 91; Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 113.

2) l. 26 pr. D. de adquir. rer. dom. 41, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum: Proculus judicat hoc jure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset: in quibus propria qualitas exspectaretur, si quid additum erit toto cedit, ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lectro fulcrum, navi tabula, aedificio cementum: tota enim ejus sunt, cujus ante fuerant. Auch hier stehen die Prokuljaner unter dem Einfluß des Aristoteles — Metaphysik VI. 16 p. 1040. b. 6. Wahrhaftes Sein kommt nur dem Ganzen zu, welches die Form oder das *εἶδος* darstellt. Die Teile eines Körpers, deren abgeschlossene Form in ihm nicht mehr hervortritt, gelten nur potentiell *δυνάμει* — nicht aktuell — *ἐνεργείᾳ* — als Sachen. Auch die Schulbeispiele der römischen Rechtslehrer und des Aristoteles stimmen überein; Metaphysik V 2 p. 1013 a 25, V 3 p. 1029 a 4, VII 2 p. 1043 a 8. Die Sache mit der maßgebenden Form ist die Hauptsache; es heißt von ihr: „per praevalentiam rem trahit" — l. 23 § 4 D. de rei vind. 6, 1. Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 116 ff. Anm. 300.

3) l. 27 § 2 D. de adquir. rer. dom. 41, 1 . . . sed si neutra (res) alteri accessioni est, videamus, ne aut utriusque esse dicenda sit, sicuti massa confusa, aut ejus, cujus nomine ferruminata est. sed Proculus et Pegasus existimant *suam cujusque rem manere*. Über die sog. ferruminatio — Verbindung gleichartiger Stoffe zu einer Sache vgl. Sokolowski a. a. S. 124 ff.

4) l. 23 § 5 D. de rei vind. 6, 1; l. 27 § 2 D. de adquir. rer. dom. 41, 1.

auf fremder Tafel ausgeführt war. Die Prokuljaner erklärten auch hier das εἶδος des Bildes für maßgebend und das ganze wurde Eigentum des Malers. Den Sabinianern galt das Bild als bemalte Tafel, mit deren Stoff es verschmolzen war. Das Eigentum verblieb daher dem dominus tabulae.[5] Justinian schloß sich aus ästhetischen Billigkeitsgründen der Prokuljanischen Auffassung an.[6]

Hinsichtlich des auf fremdem Pergament Geschriebenen — scriptura — bestand kein Streit; es ging unter allen Umständen in das Eigentum desjenigen über, dem die beschriebene Sache gehörte.[7]

Wer durch Inkorporation ohne materiellen Rechtsgrund fremden Stoff erwarb, hat dessen früherem Eigentümer Schadensersatz zu leisten, jedoch nur im Umfang seiner Bereicherung, wenn ihn bei der Einverleibung keine Schuld traf.

III. Über die Rechtswirkungen, welche die Vermischung von Flüssigkeiten — confusio — oder Vermengung trockener Körper — commixtio — zur Folge hatte, kannten die klassischen Rechtslehrer keine Meinungsverschiedenheit.

1. Geschah die Konfusion infolge Vertrages, so entschied dieser über die Eigentumsberechtigung. Bei einseitiger oder zufälliger Konfusion wurden nachstehende Grundsätze befolgt:

a) War Aussonderung praktisch möglich — d. h. ohne unverhältnismäßige Kosten —, so änderte sich am Eigentumsrechte nichts. Jeder Beteiligte konnte die Trennung, wenn er im Besitze war, selbst vornehmen, und wenn er keinen Besitz hatte, sie fordern. Die Kosten wurden dem klagenden Teil auferlegt, wofern dem Gegner keine Schuld zur Last fiel.

b) Wenn die Aussonderung praktisch nicht möglich war, so erlangten die Eigentümer der konfundierten Stoffe im Verhältnisse des Wertes derselben Miteigentum an der Masse nach ideellen Teilen.[8] [9]

2. Vermengung von trockenen Körpern verschiedener Eigentümer unbeschadet ihrer körperlichen Integrität, z. B. Zusammenschütten

5) l. 23 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 21 ad edictum: Sed et id, quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. Die „quidam", welche anders urteilten als der Stoiker Paulus waren die Prokuljaner. Vgl. l. 9 § 2 D. de adquir. rer. dom. 41, 1; Gaj. Inst. II § 78. Von Einfluß auf die beiden Juristenschulen waren auch ohne Zweifel einerseits die hochentwickelte Ästhetik des Aristoteles und andererseits die Lehren der Stoiker, welche die bildenden Künste als ausschließlich den Sinnen dienstbar verwarfen; statt anderer Seneca, epistolae, lib. XIII. ep 3. Vgl. darüber Sokolowski a. a. O. Bd. 1 S. 168 ff.

6) § 34 J. de rer. div. 2, 1.

7) l. 23 § 3 D. de rei vind. 6, 1 cit. oben Anm. 5. Gaj. Inst. II § 78 — licet aureis litteris; ebenso § 33 J. de rer. div. 2, 1.

8) Vgl. § 27 J. de rer. div. 2, 1, l. 3 § 2, l. 4, l. 5 § 1 D. de rei vind. 6, 1 Bechmann, Akzession S. 33, Ascoli, della confusione e commistione. Roma 1887.

9) So auch BGB. § 948, ohne zwischen Vermischung und Vermengung zu unterscheiden. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 108 S. 303.

von Getreidemassen, pflegt man Kommixtion zu nennen.[10] Geschieht sie infolge Vertrages, so ist dieser maßgebend. In anderen Fällen ist zu unterscheiden:

a) Die Ausscheidung ist möglich. Dann kann sie der Besitzer vornehmen, der Nichtbesitzer betreiben.

b) Die Ausscheidung ist nicht möglich. Dann hat jeder Teil Eigentum an der Quantität, welche dem Betrag des Zuschusses von seiner Seite entspricht. Er kann sie als Besitzer absondern, als Nichtbesitzer vindizieren. Miteigentum tritt nicht ein.[11] [12]

Anders bei Geld. Seine Bestimmung als allgemeines Umlaufsmittel fordert möglichste Beschränkung der Vindikation. Darum entschied man sich dafür, daß Geld, welches in fremden Besitz gerät und mit dem des Besitzers ununterscheidbar vermischt ist, — als konsumiert — dessen Eigentum wird.[13] [14]

V. Derivative Erwerbsarten.

§ 173. Die Tradition.[1]

1. Nach justinianischem Rechte war die Tradition allgemeine und notwendige Form der freiwilligen Veräußerung körperlicher Sachen.[2] [3]

---

10) Die Quellen sprechen von confusio und commixtio ohne Unterschied sowohl bei der Vereinigung von Flüssigkeiten als beim Zusammenschütten von Körpern.

11) § 28 J. de rer. div. 2, 1, l. 5 pr. D. de rei vind. 6, 1. Bechmann, Akzession S. 28. Bei Gegenständen verschiedenen Wertes wird nicht bloß Quantität, sondern auch Qualität des Zugeschossenen zu beachten sein.

12) Dahin gehört auch das sog. „Sammel- oder Vermengungsdepot", wenn ein Bankier für verschiedene Deponenten Inhaberpapiere gleicher Art zusammen, ohne Sonderung des dem einzelnen Gehörenden verwahrt. Jeder Deponent hat dann Eigentum an einer Anzahl von „Stücken", also einer Quantität: dem Bankier gehören die Papiere nicht.

13) l. 78 D. de solut. 46, 3. Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus cujus fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit in libris Gaji scriptum est. Selbstverständlich ist der hierdurch Bereicherte zum Ersatze seiner Bereicherung, und wenn er sich wissentlich das fremde Geld aneignete, zum Ersatze des Interesses verbunden.

14) So auch RG. Bd. 24 S. 315. Die Auffassungen sind übrigens sehr geteilt. Besondere Abhandlungen sind von J. Comte, Erwerb des Eigentums an Geldstücken, Berliner Inaug.Diss. 1887, Hohenemser, Konsumtion des Geldes, Marburger Inaug. Diss. 1892, Niemeyer, Eigentumserwerb an Geld durch Vermischung, Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 42 n. 2, dort siehe weitere Literatur. Niemeyer leugnet jede besondere rechtliche Behandlung des Geldes im Falle seiner Vermischung. Vgl. noch die — nicht unbedenkliche — Entscheidung des RG. in Strafs. Bd. 26 S. 43.

1) Scheurl, Beiträge I S. 190 ff. Exner, die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht 1867. Kohler, gesammelte Abhandl. S. 1 ff. Chlamtacz, die rechtl. Natur der Übereignungsart durch Tradition im röm. Recht 1897. J. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899. Geismar, der Besitz- und Eigentumsübergang in der Zeitschr. für bürg. Recht und franz. Zivilr. Bd. 35 S. 685 ff. — BGB. §§ 929 ff. „Übertragung".

2) l. 20 C. de pactis 2, 3. Diocletianus et Maximianus. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, l. 50 pr. D. de rei vind. 6, 1. Callistratus libro 2 edicti monitorii: Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager

Hierin lag ein gesunder Gedanke. Denn das Normale ist, daß der Eigentümer auch den Besitz habe. Wo sich die Übereignung ohne Besitzübergabe vollzieht, ist von vornherein ein Gegensatz zwischen dem rechtlichen und dem tatsächlichen Zustand gegeben, welcher den Keim von Verwicklungen in sich trägt.

Die Besitzübergabe gewährte dem Eigentumsübergange zugleich Offenkundigkeit, die namentlich bei Verhältnissen, welche gegen Dritte wirken, von Wichtigkeit ist. Trotzdem gibt es Formen der Besitzübertragung, die den Wechsel des Besitzes und des Eigentumes äußerlich nicht manifestieren, wie namentlich das constitutum possessorium und die traditio brevi manu.[4]

2. Die Tradition als allgemeine Form der Übereignung von unbeweglichen und beweglichen Sachen verlangte nach römischem Recht:

---

tuncque possessio amissa sit. l. 15 pr. C. de rei vind. 3, 32. Diocletianus et Maximianus. Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Die Tradition ist Form der Übereignung, Windscheid Bd. 1 § 171, Exner a. a. O. § 1. Dagegen erklären sich Brinz Bd. 1 § 150 S. 588, Bekker, Recht des Besitzes S. 86. Man wendet ein, daß die Tradition ein realer Vorgang sei. Aber auch reale Vorgänge können die Form einer Willenserklärung bilden. — Scheinbar eine Ausnahme erwähnt l. 1 § 1 D. pro socio 17, 2. Paulus libro 32 ad edictum: In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur. Doch die Juristen unterstellen beim Beginne einer allgemeinen Sozietät ein constitutum possessorium, l. 2 D. eod. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. Übrigens sind die Meinungen geteilt, vgl. Windscheid B. 1 § 171 Anm. 2 und dort Zitierte. Eine positive Ausnahme schuf Justinian in der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 zugunsten von Kirchen und milden Stiftungen. Indem er ihnen das Privilegium 100jähriger Verjährung in Fällen von letztwilligen Zuwendungen, Käufen und Schenkungen gewährte, teilte er ihnen mit verschwenderischer Hand ein weiteres Recht zu, vermöge dessen sie non solum personales actiones sed etiam in rem et hypothecariam wie bei den Legaten haben sollten, so daß sie schon infolge bloßen Kaufes oder einer Schenkung Eigentümer wurden. Vgl. über die Frage Vangerow Bd. 1 § 311 Anm. 4, Windscheid Bd. 1 § 171 Anm. 2, Brunner, Zeitschr. der Sav. Stiftg., rom. Abt. Bd. 4 S. 142. Aber eine andere Frage ist, ob ein derartiger willkürlicher, den Verkehr verwirrender Bruch im System von der neueren deutschen Praxis festgehalten ist. Dies ist zu verneinen; vgl. Biermann, traditio ficta 1891 S. 24. — Eine Ausnahme von der Notwendigkeit der Tradition macht bei Seeschiffen HGB. § 474.

3) Nach älterem römischen Rechte geschah die Veräußerung von res mancipii durch mancipatio oder in jure cessio ohne Besitzübertragung, vgl. oben § 55. Spuren dieses Rechtszustandes sind in der justinianischen Kompilation häufig. Es gehört dahin z. B. l. 16 D. de fundo dotali 23, 5. Eine Frau übereignet ihrem Manne einen fundus, welchen ein Dritter im Ersitzungsbesitze hat; hieran knüpft sich die Untersuchung des Juristen Tryphoninus. Mit dem Traditionssystem ist der Fall unvereinbar. Die Kompilatoren schrieben nicht selten gedankenlos ab, was in ihre Kompilation nicht paßte.

4) Siehe oben § 147. In noch höherem Maße als durch die Tradition wird die Öffentlichkeit des Eigentumes an Grundstücken dadurch verwirklicht, daß man die freiwillige Veräußerung an eine Erklärung der Übereignung beim Richter der belegenen Sache — Auflassung — bindet; dazu kommt noch die Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch. Dies ist im Anschlusse an älteres deutsches Recht und viele Partikularrechte auch das Prinzip des BGB. §§ 873, 925 geworden. Damit erhält das Grundeigentum größtmögliche Publizität zum Vorteile des Verkehres und allgemeiner Interessen. Aber Konflikte zwischen dem sog. Bucheigentümer und dem Besitzer sind die häufige und unvermeidliche Folge dieses Systemes.

a) Legitimation des Tradenten zur Übereignung,

b) Willensübereinstimmung des Tradenten und des Empfängers in betreff des Überganges der Sachherrschaft,

c) Besitzübertragung.

§ 174 Legitimation des Tradenten.

1. Nur der Eigentümer konnte Eigentum übertragen. Wem ein Nichteigentümer tradierte, der wurde nicht Eigentümer.[1] Er erlangte höchstens Ersitzungsbesitz, falls er in gutem Glauben war.

2. An Stelle des Eigentümers konnten Bevollmächtigte nach Maßgabe ihrer Vollmacht veräußern.[2] Im Falle der Handlungsunfähigkeit des Eigentümers handelten seine gesetzlichen Vertreter an seiner Statt.[3]

3. Aus eigenem Rechte übertrugen Eigentum an fremder Sache:

a) Pfandgläubiger infolge des Pfandrechtes,[4]

b) der Fiskus, der Regent und die Regentin infolge ausdrücklichen Privilegs. Der hierdurch Enteignete hatte gegen den Veräußerer nur einen Entschädigungsanspruch, welcher binnen 4 Jahren erlosch.[5]

§ 175. Übereignungswille.

1. Die Übereignung durch Tradition erforderte den Willen des Tradenten, die Herrschaft über die Sache zu übertragen, und beim Empfänger den Willen, die Sachherrschaft zu gewinnen — den beiderseitigen Übereignungswillen.

Ursprünglich galt den Römern das Geschäft der Tradition als ein einseitiges, welches auf dem Willen des Tradenten beruhe. Die spätere Jurisprudenz erkannte, daß der zusammenstimmende Wille der Beteiligten

---

1) l. 20 D. de a. r. d. 41, 1, abgedruckt oben § 69 Anm. 3, l. 54 D. de R. J. 50, 17; nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet, l. 64 § 4 D. de evict. 21, 2, l. 14, C. de donat. 8 53. Das deutsche Recht und mit ihm das BGB. §§ 932 ff. macht hiervon gewisse Ausnahmen zugunsten gutgläubiger Erwerber; letzterer wird auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit des Erwerbes nicht in gutem Glauben ist. Eine Ausnahme machen gestohlene, verlorene oder dem Eigentümer sonst abhanden gekommene Sachen. Doch bewendet es bei der Regel, wenn es sich um Geld, Inhaberpapiere oder um Sachen handelt, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden. Nach deutscher Rechtsauffassung fällt die Sicherung des Erwerbes und das Interesse des Verkehres mehr in das Gewicht als die Rücksicht auf die Unantastbarkeit des erworbenen Eigentums. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 103.

2) l. 9 § 4 D. de a. r. d. 41, 1, § 42 J. de rer. div. 2, 1, vgl. l. 25 D. de donat. 39, 5. Über Sklaven und Hauskinder siehe l. 41 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

3) l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

4) Vgl. § 1 J. quibus alienare licet vel non 2, 8, Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 84, Bd. 2 S. 199. BGB. § 1242.

5) l. 2, l. 3 C. de quadriennii praescr. 7, 37, § 14 J. de usuc. 2, 6. Auch die Pfandrechte erlöschen durch den Verkauf seitens des Fiskus. Dieser war daher den Pfandgläubigern zur Entschädigung verpflichtet. — Ihering in seinen Jahrb. Bd. 10 S. 266 Anm. 19 beschränkt das Privileg auf den unwissentlichen Verkauf der fremden Sache durch den Fiskus. Dem BGB. ist es fremd.

erforderlich sei, daß es sich also um einen — dinglichen — Vertrag handele.[1] Freilich hat dieser Vertrag stets seine besondere Art bewahrt.[2] Es galt die Tradition an unbestimmte Personen als zulässig, z. B. Auswerfen von Münzen oder Auslegen von Schriften, so daß jeder ein Exemplar entnehmen konnte.[3]

2. Der Übereignungswille des Tradenten mußte sich auf einen *Grund — causa —* stützen. Denn wer sein Vermögen durch Rechtsakte vermindert, hat vernünftigerweise hierbei ein Ziel im Auge, welches die Veranlassung solchen Handelns bildet.[4] Es gibt Gründe, welche *regelmäßig* eine Übereignung im Gefolge haben, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Zahlung einer Schuld. Solche Gründe bilden regelmäßig *Erkennungszeichen* der Übereignungsabsicht. Denn diese Absicht wird bei der Tradition fast nie besonders erklärt und vorzugsweise aus dem Inhalt des zugrunde liegenden Geschäfts entnommen.

Die Übereignungsabsicht konnte auch bei der Vollziehung von typischen Geschäften vorhanden sein, welche *regelmäßig* eine Übertragung *nicht* im Gefolge hatten. Es wurde z. B. vereinbarterweise Eigentum zum Zwecke der Verpfändung — pignoris causa — fiduziarisch übertragen, oder man machte den Verwalter oder Verwahrer zum Eigentümer der anvertrauten Sache, um ihm nach außen hin die volle Legitimation eines Eigentümers zu geben. In derartigen Fällen mußte die Absicht der Übereignung besonders erklärt sein, weil das Geschäft an sich nicht auf sie hinwies.[5]

---

1) In den Quellen wird nicht selten das Gewicht auf die voluntas *domini volentis* rem suam transferri gelegt, vgl. z. B. § 40 J. de rer. div. 2, 1. Daher sieht namentlich Schloßmann, Vertrag S. 94, in der Tradition ein auf dem *einseitigen Willen des Tradenten* beruhendes Geschäft; Pernice in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 25 S. 109 stimmt dem im wesentlichen zu. Aber Javolenus libro 12 epistularum l. 55 D. de obl. et act. 44, 7 sieht in der Tradition einen Vertrag. In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, *perduci ad effectum* id quod inchoatur non potest. Es ist klar, daß hier nicht vom Konsens bei dem zugrunde liegenden Geschäfte, sondern bei der Tradition, welche dasselbe verwirklicht, die Rede ist. Auf demselben Standpunkte steht Julian l. 36, l. 37 § 1 D. de a. r. d. 41, 1, vgl. ferner l. 10 D. de don. 39, 5. Mit Recht fassen daher Savigny Bd. 3 S. 312 und Exner a. a. O. die Tradition als Vertrag auf.

2) Dies verkennt Sohm in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 17 n. 2.

3) § 46 J. de rer. div. 2, 1. Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, vgl. aber l. 5 § 1 D. pro derelicto 41, 7. Tradition liegt in derartigen Fällen vor, wenn die Absicht vorzugsweise darauf geht, die Sache anderen zuzuwenden, Derelikttion, wenn man in erster Linie bezweckt, die Sache los zu werden. So Exner, Tradition S. 12 und 53; bei Czyhlarz a. a. O. S. 106 siehe die Literatur über die Frage.

4) Vgl. oben § 83. Ulpiani fragm. XIX. 7, l. 31 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 31 ad edictum: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua alia justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

5) Streitfrage ist, ob der Eigentumsübergang durch Tradition davon abhängt, daß ihr Grund, z. B. der sie verursachende Kauf, gültig ist, oder ob der Übereignungswille der Beteiligten genügt, auch wenn sein Grund ein unzureichender oder vermeinter war, mit anderen Worten, ob der Grund der Tradition *objektive Realität* haben

3. Kein Übergang des Eigentums trat ein, wenn die Tradition die Verwirklichung eines gesetzlich verbotenen und deswegen nichtigen Geschäftes bezweckt, z. B. einer Schenkung unter Ehegatten, oder einer Schenkung von bedeutendem Umfang ohne vorherige Insinuation.

§ 176. Die Besitzübergabe.

1. Die Übereignung vollendet sich durch die Besitzübergabe. Die Veräußerung läßt sich also nur vollziehen, wenn der Veräußerer entweder die Sache selbst besitzt oder den dritten Besitzer zu deren Tradition bestimmen

---

muß, oder ob die bloß subjektive Meinung, daß ein solcher bestehe, ausreicht. Die Anhänger der letzteren Ansicht pflegen die Tradition als abstrakten dinglichen Vertrag zu bezeichnen. Das Richtige ist, daß die Tradition zwar einen abstrakten Charakter haben kann, aber nicht immer hat. Im Zweifel greifen hier mit Rücksicht auf die Zwecke und Bedürfnisse des Verkehrs und die verschiedenen Geschäfte gewisse Vermutungen Platz: Die Tradition gilt in der Regel dann als abstrakt, wenn sie zur Erfüllung eines Geschäftes geschieht, das in der Vergangenheit liegt oder als ihr zugehörend unterstellt wird. Hat man daher irrtümlich eine vermeinte Schuld erfüllt, so ist keine Vindikation begründet, die sich auch gegen dritte Erwerber richten würde, sondern eine Kondiktion, mit welcher nur der Empfänger in Anspruch zu nehmen ist. Dagegen ist im Zweifel anzunehmen, daß, wenn die Tradition behufs eines erst abzuschließenden Geschäftes erfolgte, die Übereignung nur für den Fall des gültigen Zustandekommens des Geschäftes beabsichtigt wurde. Denn sie geschieht hier nach der gewöhnlichen Verkehrsauffassung nur unter dieser stillschweigenden Bedingung. Die Literatur der Streitfrage bis zum Jahre 1873 stellt zusammen Hofmann, die Lehre vom titulus und modus acquirendi S. 46 ff. Der älteren Ansicht, welche grundsätzlich eine rechtsbeständige causa erforderte, traten namentlich Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 § 78, Puchta, Institutionen Bd. 2 § 241 Anm. d, Strempel, über die justa causa bei der Tradition 1856 gegenüber. Vgl. aber Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 334 auch RG. bei Seuffert, Archiv Bd. 54 n. 6. Die Hauptstellen sind l. 36 D. de a. r. d. 41, 1. Julianus libro 13 digestorum: Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus, sowie Ulpianus libro 7 disputationum l. 18 D. de rebus creditis 12, 1. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Die l. 36 ist wahrscheinlich interpoliert und handelte zunächst von der mancipatio, Lenel, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 3 S. 178. Jedenfalls aber wird man aus dem Vordersatz der l. 36 mit Rücksicht auf die nachher in ihr angeführten Fälle nur herauszulesen haben, daß es Fälle gibt, in welchen sich die Übereignung trotz Dissenses der Parteien über deren causa vollzieht: die l. 18 tritt bezüglich des einen dieser Fälle in Gegensatz zu Julians Ansicht, nämlich dann, wenn der Tradent schenken, der Empfänger ein Darlehn nehmen will. Dabei ist zu unterstellen ausgesprochener Dissens der Beiden; vgl. Dernburg, Archiv für ziv. Praxis Bd. 40 n. 1. Die Ansicht des Julian verdient den Vorzug. Der Schenker will in der Tat endgültig veräußern, und der Empfänger will unbedingt erwerben, auch wenn er erklärt, das Gegebene bloß als Darlehen behalten zu wollen. Strohal a. a. O. Anders Randa, Eigentumsrecht S. 298, Kohler im Archiv für bürg. Recht Bd. 18 S. 119. BGB. § 929 bestimmt: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehe." Dies ist mit unserer Auffassung nicht unvereinbar. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 100 S. 280.

kann. Ist dies nicht der Fall, so bleibt dem Veräußerer nur übrig, seine Klagen, insbesondere die Vindikation, zu zedieren. Kommt der Zessionar infolge dieser Abtretung in den Besitz der Sache, so gilt dies der Tradition gleich.[1]

2. Im Falle der Sendung der veräußerten Sache an einen *Abwesenden* durch eine Mittelsperson fragt es sich, ob Besitz und Eigentum mit der *Absendung* oder erst mit der *Aushändigung* an den Adressaten auf diesen übergehen. Ist die Mittelsperson Stellvertreter des Adressaten, so genügt die *Aushändigung* des Gutes an den *Vermittler*; im andern Fall ist *Einhändigung* an den *Adressaten* erforderlich.[2 3]

3. Das Übereignungsgeschäft im ganzen erscheint in der Regel als ein zusammengesetztes. Es beginnt mit dem Kaufe oder einem anderen Veräußerungsgeschäft und vollendet sich mit der Tradition. Der Kauf begründet für sich allein nur eine *persönliche Forderung* des Käufers gegen den Verkäufer auf Tradition der Kaufsache. Der Verkäufer bleibt daher noch Eigentümer der Kaufsache. Dennoch aber bildet der Verkauf zweifelsohne die erste Stufe des Veräußerungsgeschäftes.[4] Es heben sich hiernach in vielen Fällen der freiwilligen Veräußerung der *Titel* — Kauf oder anderes Geschäft — und die Form oder der *Modus* der Veräußerung — die Tradition — voneinander ab.

§ 177. Bedingte Tradition.

1. Die tatsächliche Übergabe der Sache ist zwar notwendig etwas Unbedingtes, als *Übereignungsakt* nimmt aber die Tradition *Bedingungen* jeder Art auf.

In der Regel wohnen die Bedingungen des zugrunde liegenden *Geschäftes* auch der *Tradition* inne, welche dasselbe verwirklichen soll. Notwendig ist dies aber nicht. Es kann vielmehr auf Grund eines bedingten Geschäftes auch eine unbedingte Tradition erfolgen, um dem Empfänger sofort freie Verfügung über die Sache zu geben. Dann hat

---

1) Vgl. § 188 Anm. 1 und 2.

2) l. 65 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Labeo libro 6 pithanon a Paulo epitomatorum: Si epistulam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit, Paulus: immo contra: nam si miseris ad me tabellarium tuum et ego rescribendi causa litteras tibi misero, simul atque tabellario tuo tradidero, tuae fient. idem accidet in his litteris, quas tuae dumtaxat rei gratia misero, veluti si petieris a me, uti te alicui commendarem, et eas commendaticias tibi misero litteras. Vgl. l. 14 § 17 D. de furtis 47, 2.

3) Diese Übergabe kann nach modernem Recht auch durch Konnossemente oder Ladescheine geschehen, und erfolgt namentlich dann, wenn die Ware der Post, Eisenbahn oder anderen gewerbsmäßigen Frachtführern zur Beförderung übergeben ist. Denn solche Frachtführer erhalten ihren Auftrag vom Absender und sind daher dessen Vertreter. Auch der Käufer ist in solchen Fällen nicht Eigentümer während des Transportes, obgleich er dessen Gefahr trägt. Vgl. unten im Obligationenrecht.

4) Hierauf beruht l. 2 D. pro emptore 41, 4.

der Tradent im Falle der Vereitelung der Bedingung des Geschäftes nur eine persönliche Klage auf Rückerstattung.

Es kann ferner das Geschäft, welches der Tradition zugrunde liegt, unbedingt, die Tradition bedingt sein. Namentlich im Falle des Kaufes ist nicht selten die Übereignung durch die vorherige Regulierung der Preiszahlung bedingt.

2. In Rom galt seit alters der Satz, daß die Wirksamkeit der Tradition auf Grund eines Kaufes dadurch bedingt sei, daß der Kaufpreis bezahlt oder kreditiert wurde.[1] [2] Damit war der Verkäufer wegen des Kaufgeldes hinreichend gesichert. Der Käufer erhielt durch die Tradition juristischen Besitz und selbst die actio Publiciana,[3] aber Eigentümer blieb der Verkäufer. Er konnte die Kaufsache daher im Falle des Konkurses des Käufers noch vindizieren. Der Käufer, welcher die ihm tradierte Sache vor der Preisregulierung veräußerte oder verbrauchte, beging ein furtum.[4]

3. Nicht selten ist der besondere Vorbehalt des Eigentumes bis zur Zahlung des Preises[5] — pactum reservati dominii. Er findet sich auch neben Kreditierung des Preises.

---

1) § 41 J. de rer. div. 2, 1 . . . venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege XII tabularum: tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici. sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri, l. 19, l. 53 D. de contr. empt. 18, 1, l. 5 § 18 D. de tributoria actione 14, 4, l. 38 § 2 D. de liberali causa 40, 12, l. 20 D. de precario 43, 26, l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14. Exner, Tradition Beilage II S. 338 ff; F. Hofmann, über das periculum beim Kaufe Beilage II S. 169 ff. u. Beiträge zur Gesch. des griech. u. röm. Rechts u. III; Ad. Nissen, die kaufrechtl. Tradition 1869.

2) Welches ist der Grund des Satzes? Nach Windscheid Bd 1 § 172 Anm. 19[a] „natürliche Billigkeit", nach anderen „Naturgesetz", „Naturnotwendigkeit". In Wahrheit handelt es sich hier um eine römische Verkehrsgewohnheit. Der Römer gibt sein Eigentum vor der Regulierung des Preises nicht auf; der Wille des Verkäufers, erst nach derselben das Eigentum zu übertragen, wird präsumiert. Eigentum geht aber über, wenn der Tradent die Zahlung oder Stundung irrtümlicherweise als geschehen unterstellt, z. B. weil falsches Geld gezahlt war. Denn dann war unbedingter Übereignungswille vorhanden. Hält man die objektive Realität der causa nicht schlechthin für erforderlich, so kann man solche folgerecht auch nicht bezüglich der Zahlung oder Stundung des Kaufpreises fordern. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1, Aufl. 1 § 81 Anm. 23, dagegen Windscheid Bd. 1 § 172 Anm. 19[a].

3) l. 8 D. de Publiciana in rem actione 6, 2.

4) Ist dies auch heutiges Recht? Man hat es zwar herkömmlicherweise behauptet, aber praktische Anwendung fand der Satz doch nicht. Niemand wird wegen Unterschlagung angeklagt oder verurteilt, wenn er die gekaufte, ihm vom Verkäufer in das Haus gesendete Ware vor der Regulierung des Preises weiter verkauft oder verzehrt. Denn er war Eigentümer. Der heutige Verkehr sieht in der Übergabe der gekauften Ware regelrecht ihre Kreditierung und unbedingte Übereignung. Allerdings können die Umstände des Falles ergeben, daß die Tradition nach dem Willen des Tradenten durch die Zahlung des Preises bedingt sein soll. So gilt beim Marktverkehr die dem Käufer eingehändigte Ware nur als übereignet für den Fall der Zahlung Zug um Zug; ebenso ist es in Läden, in denen unmittelbar Zahlung an der Kasse erwartet wird, und beim Geldwechseln, wenn Geld in der Erwartung sofortigen Herausgebens übergeben ist. Das BGB. spricht sich über die Frage nicht aus.

5) Man streitet darüber, ob der Vorbehalt des Eigentums eine aufschiebende

§ 178. Die exceptio rei venditae et traditae.[1]

I. In manchen Fällen übertrug die Tradition zwar nach strengem Rechte kein Eigentum, hatte aber dennoch nach Billigkeit das praktische Ergebnis der Eigentumsübertragung. Dieser Erfolg wurde durch die exceptio und replicatio rei venditae et traditae vermittelt. Der Veräußerer galt in diesen Fällen trotz der Tradition formell als Eigentümer und behielt die Vindikation. Aber der Erwerber und seine Rechtsnachfolger hatten materiell die Stellung des Eigentümers, denn sie konnten, solange sie im Besitze waren, die Vindikation des Veräußerers sowie seiner Rechtsnachfolger durch die exceptio rei venditae et traditae zurückweisen, und, wenn etwa der Besitz an den Veräußerer oder dessen Rechtsnachfolger zurückgelangte, gegen sie die actio Publiciana mit Erfolg durchführen, indem sie die ihnen entgegengestellte exceptio dominii durch replicatio rei venditae et traditae aus dem Felde schlugen.[2]

II. Die Anwendung der exceptio rei venditae et traditae ordnete sich zwei Hauptkategorien unter. Bald knüpfte sie *unmittelbar* an den Akt der Tradition oder gleichgestellte Ereignisse, bald trat sie erst infolge *späterer Umstände* ein.

1. In folgenden Fällen ersetzte sie unmittelbar die ordnungsmäßige Tradition:

a) Der Käufer gelangte zwar ohne Übergabe der Sache seitens des Verkäufers, aber *mit dessen Willen in den Besitz*.[3]

---

oder *auflösende* Bedingung in sich schließt; dem Wortlaute nach deutet er auf eine aufschiebende Bedingung. In diesem Sinne wird er regelmäßig bei Geschäften über Mobilien aufgefaßt, z. B. beim Verkauf von Nähmaschinen und deren Tradition unter Vorbehalt des Eigentumes bis zur vollen Preiszahlung. So auch BGB. § 455. Verkauft also der Käufer die Maschine vorher, so begeht er eine Unterschlagung. In vielen Gegenden wird der Vorbehalt im *Grundstücksverkehr* als Resolutivbedingung aufgefaßt. Zuweilen sieht man in ihm nur eine Hypothekenbestellung. Über das pactum reservati dominii vgl. Dunker im rheinischen Museum Bd. 5 n. 4 und 7, Thorsch, das pactum reservati dominii 1875, Wendt, Reurecht Bd. 2 S. 25 ff., Leist, Sicherung von Forderungen S. 44 ff., 52 ff.

1) Tit. Dig. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3. Leonhard: die exceptio rei vend. et trad. ein lebensfähiges Institut? in Iherings Jahrb. Bd. 17 n. 6. Dort sind S. 184 Anm. 2 Dissertationen von Dilthey und Wiethoff zitiert; vgl. Erman in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 14, S. 237 ff. und Vangerow Bd. 1 § 334 Ziff. 3.

2) l. 4 § 32 D. de doli mali exceptione 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundum fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Julianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur et, si ipse eum possideret et Publiciani peteres, adversus excipientem „si non suus esset“ replicatione utereris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet. So auch l. 2 D. h. t. 21, 3. Übrigens sprach Julian gewiß von einer Manzipation an den Maevius. Die Kompilatoren setzten Tradition an die Stelle. Danach setzt der Fall mehrfachen Wechsel des Besitzes voraus, wie er nur unter ganz besonderen Umständen vorkommt.

3) l. 1 § 5 D. h. t. 21, 3. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si quis rem eme-

b) Ein Nichteigentümer übergab eine fremde Sache als eigene, aber infolge des Auftrages des Eigentümers oder unter dessen Garantie.[4] Eine solche lag namentlich darin, daß er dem Käufer wegen Eviktion Bürgschaft leistete.[5]

c) Übertrug der Eigentümer seine Sache im Glauben, sie gehöre einem Dritten, so war folgendes zu unterscheiden:

Hatte er sich persönlich zur Übereignung verpflichtet, z. B. als Verkaufskommissionär, so stand ihm die exceptio rei venditae entgegen.[6] War er persönlich nicht verpflichtet und übergab er, ohne es zu wissen, die eigene Sache im Namen eines anderen, so blieb sein Eigentumsrecht unberührt. Denn er handelte dann nur als Organ des Dritten, so daß er nicht den eigenen, sondern einen fremden Willen aussprach.[7]

---

rit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem. Der Käufer kauft z. B. eine Sache dem nicht besitzenden Eigentümer ab und verlangt sie auf Grund der Zession der Vindikation vom Besitzer. Unrichtig ist es, an Fälle zu denken, in welchen der Käufer den Besitz ohne den Willen des Verkäufers erhielt. Vgl. l. 5 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 63 ad edictum . . . si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es. Siehe ferner die bei Leonhard a. a. O. S. 187 Anm. 4 zitierten Stellen.

4) l. 1 §§ 2 und 3 D. h. t. 21, 3. H. Krüger a. a. O. S. 48.

5) l. 11 C. de evict. 8, 44.

6) l. 49 D. mandati 17, 1. Marcellus libro 6 digestorum: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de jure evictionis et de mandatu quaesitum est. et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto jure hereditario actionem. Hier werden zwei Fälle besprochen: a) Ich bin gutgläubiger Besitzer des Sklaven des Titius. Titius verkauft und tradiert seinen Sklaven als mein Mandatar, ohne sein Eigentum zu kennen; alsdann geht zwar Eigentum nicht über, aber es steht dem Titius die exceptio rei venditae et traditae entgegen. b) Größere Schwierigkeiten macht der zweite Fall. Seit der Glosse — gl. dominium zu l. 1 § 1 D. officia proc. Caesaris 1, 19 — konstruierte man ihn derart, daß der Eigentümer Titius jemanden beerbe, welcher den Sklaven von einem Nichteigentümer gekauft und tradiert erhalten, und daß Titius, seines selbständigen Eigentumes unkundig, den Auftrag gab, den Sklaven, welchen er als einen ererbten ansah, zu verkaufen. Hieraus würde sich der Rechtssatz ergeben, daß Irrtum des Übertragenden über den Grund seines Eigentumes den Eigentumsübergang an sich hindere. Aber dieser Satz ist, wie Jhering mit Recht hervorhebt, unannehmbar. Jhering hat dagegen — Jahrb. Bd. 1 S. 306 Anm. 35, Bd. 2 S. 176 ff. — folgende Erklärung vorgeschlagen. Der E. hat einen Sklaven in seinem Besitze verkauft, den er für den seinigen hält, der in Wirklichkeit aber dem Titius gehört; ehe er in tradiert, stirbt der Käufer und wird von Titius beerbt. Titius gibt, sein Eigentum nicht kennend, statt sich den Sklaven abliefern zu lassen, dem E. den Auftrag, den Sklaven zu verkaufen. Hier geht Eigentum nicht über, weil E. die eigene Sache und nicht die des Titius zu verkaufen denkt. Aber dem Titius steht die exceptio rei venditae et traditae entgegen. Verschiedene Erklärungsversuche stellt zusammen Landsberg, die Glosse des Accursius S. 124 Anm. 1. Vgl. H. Zeller, l. 49 D. mandati und nemo errans rem suam amittit, Göttinger. Inaug.Diss. 1899.

7) l. 35 D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non

2. In folgenden Fällen konvaleszierte die ursprünglich wirkungslose Tradition *nachträglich* mittels exceptio rei venditae et traditae:

a) Der Tradent veräußerte eine *fremde* Sache, wird aber *später Eigentümer derselben*. Ein solcher Übereignungsakt hatte zwar nach strengem Rechte, weil ursprünglich ungültig, keine Wirkung, aber Billigkeit verlangte die Konvaleszenz.[8]

b) Der Tradent veräußerte eine fremde Sache, wurde aber von deren Eigentümer beerbt. Auch hier konvaleszierte die anfänglich ungültige Veräußerung, soweit der Erbe den Erblasser repräsentierte, durch exceptio rei venditae et traditae.[9]

Hatte sich aber ein Nichteigentümer für den Fall der Eviktion der Kaufsache *verbürgt*, und wurde er von dem *Eigentümer dieser Sache beerbt*, so konvaleszierte die Veräußerung nicht.[10]

Wer durch exceptio und replicatio rei venditae et traditae geschützt war, galt in Rom zwar nicht als Eigentümer, aber er war es der Sache nach, sein Veräußerer behielt „nudum jus", den bloßen Namen des Eigentümers.[11]

§ 179. Veräußerungsverbote.

Veräußerungsverbote sind *gesetzliche, richterliche, vertragsmäßige oder testamentarische*.

1. Die gesetzlichen Veräußerungsverbote spielten in Rom seit Augustus eine große Rolle.[1] Sie entsprachen den Anschauungen einer allmählich der Erstarrung verfallenden Gesellschaft und wurden im Laufe der Kaiserzeit noch erweitert. Allerdings wirkten die meisten dieser Verbote nur temporär, sie konnten aber doch auf eine lange Reihe von Jahren hinaus auf dem Eigentume lasten und damit die Freiheit des Verkehres vollständig hemmen.

Gesetzliche Veräußerungsverbote betrafen unter anderem streitige Sachen, Dotalgrundstücke, landwirtschaftliche Grundstücke der Minderjährigen, ver-

---

recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 311 Anm. 3.

8) l. 1 pr. D. h. t. 21, 3, l. 2 D. eod.

9) l. 1 § 1 D. h. t. 21, 3, l. 73 D. de evict. 21, 2, l. 14 C. de rei vind. 3, 32, l. 14 C. de evict. 8, 44. Wird der Eigentümer Teilerbe des Veräußerers, so konvaleszient das Eigentum zum entsprechenden Teile, l. 14 C. de rei vind. 3, 32. Wird er Benefizialerbe, so tritt die Konvaleszenz nur zu der Eigentumsquote ein, welche dem Werte des dem Erben nach Berichtigung der Erbschaftsschulden Verbliebenen entspricht; denn über den Betrag des Nachlasses hinaus hat der Benefizialerbe nichts aufzuopfern.

10) l. 31 C. de evict. 8, 44. Die traditionelle Regel: quem de evictione tenet actio eundem repellit exceptio ist also nicht durchaus zutreffend.

11) Es war daher nicht allzu gewagt, im gemeinen Rechte da Eigentum anzunehmen, wo die Römer eine exceptio rei venditae et traditae eingreifen ließen. Hierin lag nur eine vollständige Durchführung dessen, was das prätorische Recht der Römer angebahnt hat. Jedenfalls ist es so nach BGB. § 185.

1) Lauk, Veräußerungsverbot in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 1, Bachofen, ausgewählte Lehren 1848 n. 2—7, Fr. Schröder, gesetzliche Veräußerungsverbote 1875.

machte Gegenstände. Zuwiderhandlungen waren nichtig. Das Verbot stand also jeder Veräußerung entgegen, welche auf dem Willen der Person beruhte, gegen die es sich richtete,[2] das galt namentlich von der Tradition; aber es hinderte auch die Ersitzung Dritter, wenn sie durch wissentliche und gewollte Zulassung dessen, gegen den das Verbot ging, herbeigeführt werden sollte. Die Veräußerungsverbote schlossen nicht nur die Übertragung des Eigentums, sondern auch Bestellung von Hypotheken und von anderen dinglichen Rechten, selbst von Prädialservituten aus.[3]

Sie richteten sich endlich nicht bloß gegen den dinglichen Erfolg, sie machten auch das obligatorische Geschäft nichtig, welches denselben zum Ziele hatte, insbesondere den Verkauf,[4] da sie sonst ihren wirtschaftlichen Zweck verfehlt hätten.[5]

Das Veräußerungsverbot, welches gegenüber einem Miteigentümer in Wirksamkeit trat, berührte die anderen Miteigentümer nicht; ebensowenig betraf es bestehende Pfandrechte.[6]

2. Richterliche Veräußerungsverbote hatten dieselbe Kraft wie gesetzliche.[7]

3. Verträge, welche die Nichtveräußerung einer Sache sowie Beschränkungen des Veräußerungsrechtes ausbedangen, entbehrten der dinglichen Wirksamkeit.[8] Im Falle der Verletzung hatte der

2) l. 3 § 2 D. de rebus eorum 27, 9. Ulpianus libro 35 ad edictum: Item quaeri potest, si fundus a tutore petitus sit pupillaris nec restituatur, an litis aestimatio oblata alienationem pariat. et magis est, ut pariat: haec enim alienatio non sponte tutorum fit. Nicht so allgemein BGB. § 134.

3) l. 3 § 5 D. de rebus eorum 27, 9, l. 7 C. de rebus alienis 4, 51.

4) Schröder a. a. O. S. 14, S. 171, Kohler, Abhandlungen S. 222. Demgemäß kann auch der Veräußerer selbst das Veräußerte vindizieren, ohne daß ihm eine exceptio rei venditae et traditae entgegensteht; Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. 8 S. 183 ff. Doch ist die Frage bestritten; siehe die bei Windscheid Bd. 1 § 172a Anm. 2 Zitierten. Der gutgläubige Erwerber hat Anspruch auf Schadloshaltung; W. Oehlschläger, Vindikation der gegen ein gesetzl. Veräußerungsverbot veräußerten Sache, Göttinger Inaug. Diss. 1892.

5) Die Veräußerung konvaleszierte durch späteres Eintreten von Umständen, die ergaben, daß sie den Intentionen des Gesetzes, aus welchen das Verbot floß, nicht zuwiderlief. l. 42 D. de usurp. 41, 3.

6) l. 1 § 2 in fine D. de rebus eorum 27, 9.

7) l. 12 D. de usurp. 41, 3, l. 7 § 5 D. pro emptore 41, 4, vgl. l. 8 in fine D. de pollicit. 50, 12. ZPO. § 938 Abs. 2, KO. § 106. Ebenso BGB. § 136.

8) Ebenso BGB. § 137. — Ursprünglich behandelten die Römer Verträge über Nichtveräußerung als nichtig. — l. 61 D. de pactis 2, 14. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet. Sie galten also als gegen das Wesen des Eigentumes verstoßend. Später räumte man dem Stipulanten eine Klage auf das Interesse ein. l. 21 § 5 D. de a. e. v. 19, 1, l. 135 § 3 D. de verb. obl. 45, 1, l. 9 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Hat jemand eine Sache mit der Bestimmung verkauft, daß sie der Käufer nicht oder nur unter gewissen Beschränkungen weiter verkaufen dürfe, und hält der Käufer das Versprechen nicht, so kann der Verkäufer gegen ihn auf den Mehrbetrag des Kaufpreises klagen, den er selbst im Falle eines Verkaufes ohne die Auflage solcher Beschränkungen hätte erzielen können. Der Verkäufer kann sich besser durch Zufügung einer auflösenden Bedingung für den Fall der Weiterveräußerung durch den Käufer schützen.

Stipulant daher nur eine persönliche Klage gegen den Promittenten auf sein Interesse an der Nichtveräußerung, falls er ein solches dartun konnte. Der dritte Erwerber unterlag der Klage auch dann nicht, wenn er den Vertragsbruch seines Autors kannte. Ein Vertrag, durch welchen der Verpfänder dem Pfandgläubiger die Nichtveräußerung der Pfandsache zusagte, war jedoch ausnahmsweise dinglich wirksam und machte die vertragswidrige Veräußerung nichtig.[9]

4. Testamentarische Veräußerungsverbote hatten nach älterem römischen Rechte keine Kraft. Dies änderte sich aber später.[10]

§ 180. Eigentumszuteilung durch Richterspruch.

1. Die Aufgabe des Richters im Streit um das Eigentum ist, bestehendes Recht anzuerkennen und zu sichern, nicht aber, neues zu schaffen. Wer im Eigentumsstreite gegenüber dem Eigentümer mit Unrecht rechtskräftig obsiegt, gelangt nahezu in die Stellung eines Eigentümers. Denn er kann die Sache nunmehr dem Besiegten und dessen Rechtsnachfolgern entwinden und, wenn er den Besitz einmal gewonnen, später aber verloren hat, auch gegen Dritte publizianisch klagen.[1]

2. Es gibt aber auch Fälle, in welchen der Richter zur Neubegründung von Eigentum berufen ist.[2]

a) Die Teilungsklagen ermächtigen ihn zur Zuteilung von Eigentum an die Streitenden. Solche Klagen sind die actio familiae erciscundae unter den Miterben, die actio communi dividundo unter den Genossen, die actio finium regundorum unter den Grenznachbarn. Die Zuteilung kann in der Weise geschehen, daß der Richter die gemeinschaftliche Sache reell teilt, oder so, daß er das ganze Objekt einem der Beteiligten gegen Leistung einer Entschädigung an die übrigen überweist. Das Eigentum am Zugeteilten entsteht mit der Rechtskraft des Urteiles Besitzübertragung wird nicht gefordert.[3] Der Erwerb setzt voraus, daß die zugeteilten Gegenstände nicht anderen als den Prozeßparteien gehörten, bildet also eine Sukzession, ist derivativ.[4][5]

---

9) Vgl. oben § 8 Anm. 9. Nach BGB. § 1136 ist der Vertrag nichtig.

10) Pernice, Labeo Bd. 3 S. 60 Anm. 5, Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 51 S. 270.

1) Vgl. l. 3 § 1 D. de Publiciana in rem act. 6, 2. Daß das Urteil Ersitzungstitel ist, darüber vergleiche unten § 182 Anm. 25. Würde der mit der Vindikation Obsiegende auf die Geltendmachung des rechtskräftigen Urteils verzichten, so blieben dem Besiegten alle seine Rechte. Hieraus ergibt sich, daß das unrichtige rechtskräftige Urteil den Sieger nicht zum Eigentümer macht, wie sehr sich auch seine Stellung derjenigen eines Eigentümers nähert.

2) Vgl. oben S. 242 ff.

3) § 7 J. de officio judicis 4, 17.

4) l. 17 D. de usurp. 41, 3 fordert daher noch „Ersitzung" der zugeteilten Sache des Dritten.

5) Der Zuschlag in der notwendigen gerichtlichen Versteigerung begründet nach gemeinem und nach Reichsrecht unmittelbar Eigentum. Dernburg, Pfandrecht

b) Ein häufiges Strafmittel des römischen Rechts war die Konfiskation, d. h. Anfall des Eigentumes einer Sache an den Fiskus von Rechts wegen infolge eines Deliktes kraft dessen Begehung.[6]

VI. Die Ersitzung.[1]

§ 181. Begriff und Geschichte der Ersitzung.

I. Ersitzung nennt man den Erwerb des Eigentums durch Besitz, welcher eine gesetzlich bestimmte Zeit hindurch dauerte.[2]

So definieren noch die späteren römischen Juristen die Ersitzung und treffen hiermit den Kern des Institutes. Denn die Grundlage der Ersitzung bildet nicht, wie manche Neuere vermeinen, der Titel, nicht der gute Glaube. Diese Anforderungen sind erst in verhältnismäßig später Zeit von den Römern gestellt worden, damit die Ersitzung nicht zum Schaden der guten Sitte übertriebene Geltung gewinne. Der Grundgedanke der Ersitzung ist vielmehr, daß die Zeit den Besitz zum Rechte erhebe.

Bd. 2 S. 263 Anm. 16 und dort Zitierte; Stobbe-Lehmann, deutsches Privatr. Aufl. 3 Bd. 2 § 113 Anm. 5 S. 435; Reichsgef. über die Zwangsversteigerung § 90.

6) l. 14 D. de publicanis et vectigalibus et commissis 39, 4. Ulpianus libro 8 disputationum: Commissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. nam quod commissum est, statim desinit ejus esse qui crimen contraxit dominiumque rei vectigali adquiritur: eapropter commissi persecutio sicut adversus quemlibet possessorem, sic et adversus heredem competit. So auch Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 § 134 ff., § 156. Nissen, die Einziehung in den Straßburger Festgaben für Planck 1887, O. Köbner, die Einziehung, Berliner Inaug.Diss. 1890, S. 59 ff. Der Einziehung unterliegen die durch das Vergehen hervorgebrachten und die dabei unmittelbar benutzten Objekte. Sie ist in der Regel vom Ermessen des Richters abhängig, in einigen Fällen gesetzlich geboten, z. B. Strafgesetzbuch § 152, § 295. Regelmäßig ist sie durch das Eigentum des Verurteilten am einzuziehenden Objekte bedingt, bei gewissen Vergehen, z. B. bei Feilhalten verfälschter oder verdorbener Nahrungsmittel, tritt sie hiervon unabhängig ein. Strafgesetzbuch § 295, § 367 letzter Abs. und § 40. Die bezüglichen Gegenstände sind bereits während der Untersuchung in Verwahrung zu nehmen oder sonst sicher zu stellen, Strafprozeßordnung § 94.

1) Tit. J. de usucapionibus et longi temporis possessionibus 2, 6; Dig. de usurpationibus et usucapionibus 41, 3. C. de praescriptione longi temporis X vel XX annorum 7, 33. Unterholzner, Verjährungslehre 1827, 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer 1858. Vgl. Schirmer, die Grundidee der Usukapion 1855 und dessen Aufsätze über bona fides und justus titulus in Lindes Zeitschr. neue Folge Bd. 15 n. 7 und 9, Bd. 16 n. 1. Klein, Sachbesitz und Ersitzung 1890.

2) l. 3 D. de usurp. 41, 3. Modestinus libro 5 pandectarum: Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, d. h. das Eigentum tritt dem Besitz hinzu. Modestinus hat seinen Lehrer ausgeschrieben. Ulpiani fragmenta XIX § 8: Usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii. Aber auch Ulpian war schwerlich der erste, welcher diese Definition formulierte.

3) Cicero pro Caecina cap. 4 spielt auf die Worte der 12 Tafeln in folgenden Wendungen an: usus auctoritas fundi biennium est . . . caeterarum rerum omnium annuus est usus, vgl. Cicero pro Caecina cap. 19. Über die Fassung des bezüglichen Passus der 12 Tafeln siehe Danz, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 122 ff., Pernice, Labeo Bd. 2. Aufl. 2 S. 328.

II. Die heidnische Kaiserzeit kannte zwei Ersitzungsinstitute, die usucapio und die longi temporis praescriptio.

1. Bereits die 12 Tafeln regelten die usucapio. Sie bestimmten in allgemeinster Weise, daß Grundstücke binnen 2 Jahren, die übrigen Objekte binnen 1 Jahre ersessen würden.[3] Gestohlene Sachen waren schon in den 12 Tafeln ausgenommen. Ob bloß zum Nachteile des Diebes oder auch Dritter, muß hier dahingestellt bleiben. So rasche und so allgemeine Ersitzung war zu ertragen, solange die Römer in einem eng begrenzten Gebiete zusammensaßen. Mit der Ausdehnung des Staates und dem Wachsen des Volkes trat die Notwendigkeit ein, Schranken zu ziehen.

Zunächst geschah dies dadurch, daß man zahlreiche Objekte der Ersitzung entzog. Die lex Atinia schloß res furtivae überhaupt von der Ersitzung aus, solange sie nicht in die Gewalt ihres Eigentümers zurückgekehrt waren,[4] die lex Plautia bestimmte Ähnliches bezüglich der res vi possessae. Eine lex Scribonia hob sogar die Ersitzung von Servituten geradezu auf.[5]

Ferner forderte man zur Ersitzung einen Titel des Ersitzenden, d. h. Tatsachen, welche seinen Besitzerwerb äußerlich rechtfertigten und schließlich verlangte das feiner ausgebildete Rechtsgefühl auch bona fides des Ersitzenden.

2. Die Usukapion stand als ziviles Institut nur Römern offen, und es unterlagen ihr nur Dinge, die des quiritischen Eigentumes fähig waren.

Zur Ergänzung führte man bezüglich der Provinzialgrundstücke und behufs der Sicherung des Erwerbes von Mobilien durch Peregrinen die longi temporis praescriptio ein.[6][7] Sie verlangte ruhigen Besitz 10 Jahre hindurch inter praesentes, d. h. wenn die Beteiligten in derselben Provinz wohnten, und 20 Jahre hindurch inter absentes, d. h. wenn sie ihren Wohnsitz in verschiedenen Provinzen hatten. Zunächst war sie nur Einrede, aber man gab dem Präskribenten auch eine Klage, wenn er den Besitz nach Vollendung der Zeit verloren hatte,[8] und hieraus erwuchs an Provinzialgrundstücken tatsächlich Eigentum. Die Rechtssätze der Usukapion wurden zum großen Teile auf die longi temporis praescriptio übertragen, selbständig bildete sich bei der longi temporis

4) Gaj. Inst. II § 45. Gellius noctes atticae XVII, 7. Über die Zeit der lex Atinia vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 Aufl. 2 S. 340 Anm. 3, siehe auch unten § 182 Anm. 5 ff.

5) l. 4 § 28 D. h. t. 41, 3.

6) Die praescriptio longi temporis wird in den Kommentaren des edictum perpetuum nicht erwähnt. Sie stammt wohl aus den Provinzialedikten.

7) Der praescriptio longi temporis bei Mobilien gedenken l. 3 und l. 9 D. de div. temp. praescr. 44, 3, ebenso l. 1 C. de fugitivis 6, 1.

8) Justinian versichert dies ausdrücklich in der l. 8 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Es besteht kein Grund, seine Angaben zu bezweifeln. Einer actio utilis gedenkt die l. 13 § 1 D. de jurejurando 12, 2. Anderer Ansicht ist Grueber, Einfluß der Eigentumsklage auf die Ersitzung 1875 S. 30.

9) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31.

praescriptio mit ihren längeren Fristen die Zurechnung des Besitzes des Vorgängers zu dem des Nachfolgers aus.

3. Im oströmischen Reiche gestaltete sich das Ersitzungsrecht in folgender Art: Mobilien wurden schlechthin durch usucapio erworben, da alle Untertanen als Römer galten, die Immobilien aber, welche altes Provinzialland waren, erfaß man durch longi temporis praescriptio. Eine Ausnahme bildeten Grundstücke, die das jus Italicum hatten und deshalb der usucapio fähig waren.

Durch eine Verordnung vom Jahre 531 verband Justinian usucapio und longi temporis praescriptio zu einem einheitlichen Institut,[9] indem er jeden Unterschied zwischen ihnen verwarf;[10] trotzdem treten in seinem Gesetzeswerke noch einige Verschiedenheiten hervor, welche zwischen den beiden Instituten früher bestanden.[11]

4. Schon im Jahre 528 hatte Justinian gutgläubigen Erwerbern des Besitzes, welche die Einrede der 30- oder 40-jährigen Verjährung gegen die Eigentumsklage erworben hatten, im Falle des Besitzverlustes eine Vindikation zugestanden.[12] Das Recht auf die Einrede wurde damit zum Eigentumserwerbe ausgestaltet. Dies ist die sog. außerordentliche Ersitzung, im Gegensatze zur ordentlichen Ersitzung auf Grund der usucapio.[13]

§ 182. Erfordernisse der Ersitzung.

Die Ersitzung des justinianischen Rechtes fordert **Besitz** während der **gesetzlichen Zeit**, eine **ersitzungsfähige Sache** und endlich Erwerb auf Grund eines **Titels** und in **gutem Glauben**.[1]

---

10) l. un. C. cit. . . . sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

11) Die Glosse nahm an, es bestünden im justinianischen Rechte zwei Institute nebeneinander fort, nämlich die usucapio für Mobilien als eigentliche Ersitzung und die longi temporis praescriptio für Immobilien als Quasiersitzung, vgl. Landsberg die Glosse S. 147. Die Ansicht der Glosse verteidigte noch Hameaux, die usucapio und longi temporis praescriptio, Gießen 1835. — Donellus comm. V. 4 §§ 8 ff. verstand Justinian dahin, daß unter Abschaffung der usucapio nur die praescriptio bestehen bleibe. — Vangerow Bd. 1 § 316 betrachtet die usucapio als die Grundlage, welche nur durch mehrere Sätze der praescriptio modifiziert wurde.

12) l. 8 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 III Id. Dec. a. 528.

13) Diese außerordentliche Ersitzung lassen wir, da sie auf einer eigenartigen Grundlage beruht, einstweilen außer Betracht und bezeichnen die sog. ordentliche Ersitzung als Ersitzung schlechthin. BGB. § 937 bestimmt: „Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung)". Mangel guten Glaubens beim Erwerb des Eigenbesitzes schließt die Ersitzung aus. Ebenso tritt keine Ersitzung ein, wenn der Besitzer später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht. Ein Titel des Besitzerwerbes ist nicht erforderlich. Diese Ersitzung entspricht mehr der außerordentlichen als der ordentlichen Ersitzung des gemeinen Rechts. An die Stelle der letzteren ist sofortiger Eigentumserwerb auf Grund der §§ 932 ff. getreten. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 106 S. 296. Vgl. noch BGB. § 900 über die sogenannte Tabularersitzung.

1) Ein alter Hexameter formuliert die Erfordernisse der Ersitzung: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

1. Die Grundlage ist *Eigenbesitz*[2] einer Sache oder eines *ideellen Teiles derselben*[3] während der Ersitzungszeit.

2. Die Sache muß *ersitzungsfähig* sein.

Gegenstände, an denen kein privates Eigentum bestehen kann, dürfen nicht ersessen werden.[4] Aber auch zahlreiche Objekte, die sich im Privateigentume befinden, sind der Ersitzung entzogen.

a) Ersitzungsunfähig bleiben gestohlene Sachen — res furtivae —, solange sie nicht in die Gewalt *ihres Eigentümers* zurückgekehrt sind.[5] Nicht ersitzbar ist daher die gestohlene Sache in der Hand gutgläubiger Besitzer selbst dann, wenn sie die Sache nicht vom Diebe oder dessen Nachfolgern erwerben.[6] Die Rückkehr in die Gewalt des *Bestohlenen* genügt nicht zur Aufhebung des Makels — vitium — der Furtivität, die gestohlene Sache muß vielmehr an ihren *Eigentümer* zurückgelangen.[7] Rückkehr in die Gewalt liegt vor, wenn der Eigentümer die Sache, wissend, daß sie die seine ist, so erhält, daß sie ihm nicht possessorisch abgestritten werden kann.[8] Es genügt aber auch, daß der Eigentümer in der Lage ist, sich die Sache durch Vindikation zurückzuverschaffen.[9]

b) Gewaltsam in Besitz genommene Immobilien sind so lange der Ersitzung entzogen, bis sie in die Gewalt des Eigentümers zurückkommen.[10] [11]

---

2) l. 25 D. de usurp. 41, 3. Licinius Rufinus libro 1 regularum: Sine possessione usucapio contingere non potest. l. 13 pr. D. eod. Paulus libro 5 ad Plautium: Pignori rem acceptam usu non capimus, quia *pro alieno* possidemus.

3) l. 4 § 1 D. pro emptore 41, 4, l. 26 D. de a. vel a. p. 41, 2.

4) l. 9, l. 45 pr. D. de usurp. 41, 3.

5) Natürlich ist der römische Begriff des Diebstahls zugrunde zu legen, welcher Diebstahl, Unterschlagung und außer furtum rei auch f. usus und f. possessionis umfaßt.

6) Die Früchte gestohlener Sachen sind furtiv, wenn sie von dem Diebe oder einem bösgläubigen Besitzer gewonnen oder doch veräußert werden. Besitzt ein gutgläubiger Besitzer die gestohlene Sache, so wird er Eigentümer der Früchte, l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3. Über l. 48 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2 vgl. oben § 168 Anm. 1, 2. Bezüglich der Furtivität des Kindes einer gestohlenen Sklavin gingen die Ansichten der römischen Juristen auseinander. Die Streitfrage ist hier nicht zu verfolgen. Vgl. Max Beer, über die Ersitzbarkeit von Erzeugnissen 1884. Siehe auch oben § 66.

7) l. 4 § 6 D. de usurp. 41, 3. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in *domini* potestatem debeat reverti, non in ejus utique, *cui subreptum est*, igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. Die Lehre von der Furtivität wurde von den römischen Juristen, weil sie als bloß positiv galt, mit kasuistischem und formalistischem Scharfsinne behandelt. Nicht furtiv wird die Sache, wenn sie der *Eigentümer* dem *Faustpfandgläubiger* entwendet, denn sie kehrt zum Eigentümer zurück, l. 4 § 21 D. de usurp. 41, 3, furtiv aber wird sie, wenn der Eigentümer dadurch ein furtum gegen den *Hypothekar* begeht, daß er die speziell verhypothezierte Mobilie verkauft; denn in diesem Falle kehrt sie nicht zum Eigentümer zurück, sondern geht von ihm fort, l. 6 C. de usucap. pro emptore 7, 26.

8) l. 4 §§ 12 und 25 D. de usurp. 41, 3, l. 41, D. eod.

9) l. 215 D. de V. S. 50, 16.

10) Dies Ersitzungsverbot gehört der lex Plautia de vi an. — Die Auslegung

c) Gleiches gilt für das von Beamten Erpreßte.[12]

d) Streitige Grenzen unterliegen nicht der ordentlichen Ersitzung.[13]

e) Ebenso sind unersitzbar Sachen des Staates,[14] des Regenten,[15] die Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen.[16] [17]

f) Endlich sind Sachen der Minderjährigen unersitzbar.[18]

3. Die Ersitzung fordert einen Titel,[19] d. h. Vorgänge, welche den Erwerb des Eigenbesitzes als rechtmäßig erscheinen lassen.[20]

---

des Gesetzes — l. 4 §§ 22—28 D. de usurp. 41, 3 — war äußerst subtil. Beispielsweise gilt es nicht als vi possessum, wenn man sich in Abwesenheit des Besitzers in den Besitz setzt und ihn dann an der Rückkehr in seine Sache verhindert, l. 4 § 27 cit., siehe noch l. 33 § 2 D. eod.; anderer Ans. Brinz, vacua possessio Bd. 1 S. 506, Ubbelohde bei Glück, Bücher 43, 44, Teil 5 S. 62. Über l. 6 § 3 D. de precario 43, 26 gehen die Ansichten auseinander, vgl. Vangerow Bd. 1 § 317 S. 588.

11) Die nov. 119 cap. 7 schließt die Ersitzung in der Hand des ersten Erwerbers vom malae fidei possessor aus, weil er keine rechte bona fides habe, vorausgesetzt, daß der Eigentümer die Veräußerung an ihn nicht kannte. Viele, z. B. Vangerow Bd. 1 § 317 S. 590, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 8, behaupten, daß nach dem „Geiste" der Verordnung Justinians Immobilien, welche durch einen unredlichen Besitzer veräußert wurden, überhaupt „unersitzbar" würden. Aber der Grund Justinians — der Verdacht der mala fides — besteht bei spätern Erwerbern nicht mehr. Die singuläre Bestimmung zu erweitern und zur Ausschließung der Ersitzung zu steigern, ist ebenso prinzipwidrig wie unzweckmäßig.

12) l. 8 D. de lege Julia repetundarum 48, 11, l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1.

13) l. 6 C. fin. reg. 3, 39.

14) Dies war altrömisches Verfassungsrecht. Vakante Erbschaftssachen werden erst unersitzbar, wenn Schritte geschehen sind, um sie dem Fiskus zuzueignen, l. 18 D. de usurp. 41, 3.

15) l. 1, l. 2 C. ne rei dominicae 7, 38.

16) nov. 111 cap. 1, nov. 131 cap. 6, cap. 8 X. de praescr. 2, 16.

17) Ob auch Sachen der Städte — abgesehen von den öffentlichen, l. 9 D. de usurp. 41, 3 — unersitzbar seien, ist bestritten. — Ein derartiges Ersitzungsverbot ist nicht nachweisbar, Windscheid Bd. 1 § 182 Anm. 5, dagegen freilich Vangerow Bd. 1 § 317 Anm. A. 4.

18) Dies ist bestritten. Die alte usucapio lief auch bezüglich der Sachen von Pupillen, l. 2 D. de eo qui pro tutore 27, 5, es wurde aber gegen sie Restitution erteilt, l. un. C. si adversus usuc. 2, 35. Dagegen lief die longi temporis praescriptio gegen Minderjährige nicht, l. 3 C. quibus non objiciatur 7, 35. Was gilt in dieser Hinsicht für das justinianische Ersitzungsrecht? Gewiß das Recht der longi temporis praescriptio. Bestimmt doch Justinian in der l. 5 § 1 C. in quibus causis in integrum 2, 40 . . . in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso jure non currere . . . videlicet exceptionibus XXX et XXXX annorum in suo statu remanentibus. Der justinianische Sprachgebrauch bezieht die „temporales exceptiones" auch auf die Ersitzung, l. 30 § 2 C. de jure dot. 5, 12. Vgl. l. 2 § 1 C. de annali exceptione 7, 40; vgl. Arndts, ziv. Schriften Bd. 1 n. 14, Pand. § 162 Anm. 1.

19) Über den Ersitzungstitel vgl. die eingehenden und sorgfältigen Untersuchungen von Fitting im Archiv für ziv. Praxis Bd. 51 n. 1 und 15, Bd. 52 n. 1, 9 und 16, ferner Bernhöft, titulus justus und titulus putativus 1873, sowie der Besitztitel im römischen Rechte 1875. Bei Fitting a. a. O. Bd. 51 S. 2 und 3 finden sich Literaturnachweise. Vgl. noch Adler in Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 184, Bonfante in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 17 S. 126. BGB. §§ 937 ff., § 900 fordern keinen Ersitzungstitel; vgl. oben § 181 Anm. 13.

20) Vgl. Tit. Dig. pro emptore 41, 4, pro donato 41, 6, pro legato 41, 8, pro dote 41, 9. Den titulus pro soluto erwähnt l. 46 D. de usurp. 41, 3, den titulus pro transactione l. 8 C. de usucapione pro emtore vel transactione 7, 26. Bechmann usucapio pro emtore im Archiv für ziv. Praxis Bd. 75 n. 7.

Als Titel gelten namentlich Rechtsgeschäfte, und zwar zweiseitige, wie Kauf — titulus pro emptore —, Schenkung — pro donato —, Dosbestellung — pro dote —, an welche sich eine Tradition anschließt, oder auch einseitige, insbesondere Vermächtnisse, die zum Besitzerwerbe führen. Besonders wichtig ist der Titel pro herede, wenn der Nichterbe Nachlaßsachen eines Verstorbenen als Erbe in Besitz nimmt.[21] Anerkannt ist ferner der Titel pro derelicto, d. h. die Vornahme der Dereliktion einer Sache durch einen Nichteigentümer, infolge deren man okkupiert und usukapiert.[22]

Die ältere Jurisprudenz behandelte Rechtsgeschäfte bloß in dem Fall als Ersitzungstitel, wenn sie *rechtsgültig* abgeschlossen waren, so daß der Fehler nur im mangelnden Rechte des Verkäufers oder sonstigen Autors lag. Die Kaiserzeit hielt hieran nicht fest. Sie erklärte vielmehr auch bloß *tatsächlich abgeschlossene*, aber nichtige Geschäfte, z. B. Verkäufe eines Wahnsinnigen, für ausreichende Titel.[23] Anstatt des wahren Titels begnügte man sich auch mit einem gerichtlichen Eide[24] oder einem rechtskräftigen Urteile,[25] welche die Existenz eines Erwerbsgeschäftes als wahr erscheinen ließen.

Schließlich behandelte man alle Ereignisse, welche die Annahme eines Rechtsgeschäftes in probabler Weise begründen können, als genügend, z. B. die unrichtige Mitteilung eines Stellvertreters über den Abschluß eines Erwerbsgeschäftes. Die Neueren bezeichnen solche Titel als *Putativtitel*.[26]

---

21) Das Nähere gehört in das Erbrecht.

22) Vgl. l. 1 ff. D. pro derelicto 41, 7.

23) l. 13 § 1 D. de usurp. 41, 3, l. 2 § 16 D. pro emptore 41, 4.

24) l. 13 § 1 D. de jurejurando 12, 2. Julianus ait eum, qui juravit fundum suum esse, post longi tempori praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.

25) Über die Frage, ob das rechtskräftige Urteil einen Ersitzungstitel abgibt, gehen freilich die Ansichten weit auseinander. — Dagegen ist Bangerow Aufl. 7 Bd. 1 § 320 Anm. 3, dafür u. a. Arndts § 159, siehe dort weitere Literatur, Brinz Bd. 1 § 159 und im Grunde trotz scheinbarer Opposition Windscheid Bd. 1 § 179 am Ende.

26) Seit man zur Usukapion bona fides verlangte, konnte man von den strengen Anforderungen, die man ursprünglich an den Titel machte, nachlassen. Aber Celsus erhob sein gewichtiges Wort dagegen, daß man das Requisit des Titels völlig verflüchtige, also von jedem objektiv greifbaren Momente absehe, l. 27 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum: Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Sehr viel laxer war Neratius libro 5 membranarum l. 5 D. pro suo 41, 10. Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut ejus, cujus in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. Julian, obgleich Neratius nahestehend, akzentuiert doch, daß *Tatsachen* darzutun seien, l. 11 D. pro emptore 41, 4. Africanus libro 7 quaestionum: Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse nec

4. Ein letztes Erfordernis ist der gute Glaube. Man muß sich zur Erlangung der Sache für befugt gehalten haben.[27]

Beim Kauf forderte man, daß der gute Glaube zur Zeit des Kaufgeschäftes und zur Zeit der Tradition vorhanden sei, beim Erwerb aus anderen Gründen genügte es, wenn er zur Zeit der Besitznahme vorlag.[28]

So lange ich von einem Besitzerwerbe für mich nichts weiß, bin ich weder in gutem noch in bösem Glauben. Demnach kann die Ersitzung erst beginnen, wenn man vom Besitzerwerb, welchen Dritte für uns machten, erfährt und ihn nun für rechtmäßig hält.[29] Haben Dritte jedoch ein allgemeines Mandat, uns zu vertreten, so ist der gute Glaube der Vertreter als maßgebend anzusehen.[30]

Der gute Glaube muß sich auf entschuldbaren Irrtum stützen. Rechtsirrtum wird nicht berücksichtigt.[31] [32]

---

emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur. Die vermittelnde Auffassung Julians ist als die maßgebende anzusehen. Die Ansichten der Juristen, von denen Entscheidungen in das corpus juris aufgenommen wurden, waren freilich sehr verschieden. Vgl. auch l. 9 D. pro legato 41, 8. Pernice, Labeo, Bd. 2 Aufl. 2 S. 396.

27) Vgl. Bonfante la justa causa dell' usucapione in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 15 S. 161 und 321, oben § 157. Ein besonderer Nachweis des guten Glaubens ist nicht zu führen; er ist im menschlichen Verkehr die Regel und wird daher unterstellt, solange der böse Glaube nicht dargetan wurde. Wächter, bona fides S. 45, Ihering, Besitzwille S. 160.

28) Es war bestritten, ob der gute Glaube zur Zeit des Kaufes oder der Tradition vorhanden sein müsse. Sabinus und Cassius entschieden sich dafür: „traditionis initium spectandum", l. 10 pr. D. de usurp. 41, 3, und dies war auch die Meinung Papinians, l. 44 § 2 D. eod. „Etsi possessionis, non contractus initium, quod ad usucapionem pertinet, inspici placet." Viele Juristen aber — insbesondere Paulus — forderten bona fides in beiden Zeiten, l. 2 pr. D. pro emptore 41, 4, l. 48 D. de usurp. 41, 3, vgl. l. 15 § 3 D. eod. Diese Auffassung ist als die maßgebende zu erachten. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß der Kauf als der Beginn des Veräußerungsgeschäftes erscheint, vgl. oben § 176 Anm. 4. Die Tendenz der Erschwerung der Ersitzung macht sich auch hier geltend. Windscheid Bd. 1 § 177 a. A. will den Satz auf jedes Rechtsgeschäft ausdehnen, bei welchem, wie beim Kauf, der Wille auf sofortige Über- und Aneignung gerichtet sei. Die Literatur gibt Windscheid a. a. O. Anm. 1 an. Vgl. auch Bechmann a. a. O. S. 293. Nach BGB. § 937 entscheidet allein die Zeit des Besitzerwerbes.

29) l. 47 D. de usurp. 41, 3, l. 49 § 2 D. de a. vel a. p. 41, 2, l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7, 32. Es beginnt daher die Ersitzung erst von der Genehmigung an, wenn ein unbeauftragter Geschäftsführer für uns Besitz erwirbt.

30) Die Römer nahmen dies nur beim Erwerbe von Hausuntergebenen „ex causa peculiari" an, l. 2 §§ 10 ff. D. pro emtore 41, 4. Wir müssen den Satz infolge der weiteren Entwicklung der Stellvertretung auf Generalmandatare übertragen. Vgl. auch BGB. § 166.

31) l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3, vgl. oben § 75 Anm. 10. Anderer Ans. Adler in Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 169. Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 49 n. 79.

32) Nach kanonischem Rechte muß der gute Glaube während der ganzen Ersitzungszeit vorhanden sein; bloße Zweifel jedoch, die dem Besitzer an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes kommen, schaden nicht. cap. 20 X. de praescriptionibus 2, 26, oben § 131 Anm. 20 abgedruckt. BGB. § 937 fordert, daß der Eigenbesitzer positiv erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht.

§ 183. Vollendung der Ersitzung.

1. Die Ersitzung vollendete sich bei **Mobilien** in 3 Jahren, bei **Immobilien** in 10 oder 20 **Jahren**.[1] Hat nämlich der Usukapient eines Immobils seinen Wohnsitz in derselben Provinz wie der Eigentümer — inter praesentes —, so sind 10, hat er ihn in einer anderen Provinz — inter absentes —, 20 Jahre erforderlich.[2] Ein einzelnes Jahr auswärtigen Wohnens wurde den 10 Jahren zugerechnet,[3] je 2 Jahre galten gleich einem Jahre der Anwesenheit. Auswärtiger Wohnsitz, welcher kürzer war als ein Jahr, wurde nicht beachtet.[4]

2. Es kann sowohl **Sukzession** in die Ersitzung, als **Akzession** eintreten.[5]

a) Der Erbe und wer an Erbes Statt ist, **sukzediert** in die Ersitzungslage seines Erblassers.[6] Er beginnt also keine neue Ersitzung, er setzt ununterbrochen die alte fort.

Der vom Erblasser begonnene Ersitzungsbesitz lief daher nach römischem Rechte weiter, auch wenn der Erbe in bösem Glauben war. Hatte der **Erblasser** wegen **bösen Glaubens** keinen Ersitzungsbesitz, so läuft auch dem **gutgläubigen Erben** keine Ersitzung, weil er in die Fehler seines Erblassers sukzediert.[7] Bei der Zusammenrechnung der Besitzzeit des Erblassers und des Erben ist die Zeit der ruhenden Erbschaft mitzuzählen, ja die Ersitzung kann sich in dieser Zeit vollenden.[8][9] Vorausgesetzt ist, daß sich nicht ein Dritter inzwischen in den Besitz gesetzt hat.[10]

1) l. un. C. de usucapione transformanda 7, 31. Über BGB. vgl. oben § 181 Anm. 13.

2) l. 12 C. de praescr. longi temporis 7, 33. Es kommt nicht darauf an, ob die **Sache** in derselben Provinz liegt, in welcher der Eigentümer wohnt. — Nur das **Domizil** ist zu beachten, nicht bloßer, wenn auch andauernder **Aufenthalt** auswärts.

3) nov. 119 cap. 8.

4) Die Ersitzungszeit ist tempus continuum (l. 31 § 1 D. de usurp. 41, 3 ist mangelhaft interpoliert). Sie wird civiliter berechnet, Beginn des letzten Tages genügt, vgl. oben § 76 Die Regel der Praktiker olim et hodie possessor, semper possessor ist zwar keine bindende Präsumtion, macht sich aber als faktische Vermutung je nach den Umständen geltend. BGB. behandelt die Präsumtion als gesetzliche, vgl. § 938.

5) Denzinger, die accessio possessionis 1842; Brinz Bd. 1 § 162.

6) l. 43 pr. D. de usurp. 41, 3, l. 30 pr. D. ex quibus causis 4, 6, l. 2 § 19 D. pro emptore 41, 4.

7) l. 11 D. de diversis temporalibus praescr. 44, 3. Folgerecht ist l. 24 § 1 D. de usurp. 41, 3. Nach kanonischem Recht darf der Erbe zwar nicht geradezu in bösem Glauben sein, aber bloße Zweifel desselben an der Rechtmäßigkeit des Besitzes hindern die Fortsetzung der Ersitzung so wenig, wie wenn sie beim Erblasser eingetreten wären.

8) l. 40 D. de usurp. 41, 3. Beginnen kann der Ersitzungsbesitz während ruhender Erbschaft nicht, l. 45 § 1 D. eod.

9) l. 2 § 18 D. pro emptore 41, 4. Paulus libro 54 ad edictum bemerkt folgerecht: etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nanctus non sit.

10) l. 20 D. de usurp. 41, 3, l. 6 § 2 D. pro emptore 41, 4. Nach BGB. § 944 kommt die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, dem Erben zustatten.

b) Der Singularsukzessor beginnt eine neue Ersitzung. Die Voraussetzungen einer solchen, insbesondere guter Glaube, müssen in seiner Person vorhanden sein.[11] Er hat aber das Recht der Einrechnung der Ersitzungszeit seines Vorgängers — Akzession[12] —, wenn sich sein Besitz dem des Vorgängers unmittelbar anschließt.[13] Unter der Voraussetzung entsprechenden Anschlusses kann auch der Besitz entfernterer Vorfahren eingerechnet werden. War der Vorgänger in bösem Glauben, so hindert dies den Beginn des eigenen Ersitzungsbesitzes des Nachfolgers nicht.

Die Ersitzung wird unterbrochen:[14]

α) Durch Verlust des Besitzes während der Ersitzungszeit. Auch wenn der Ersitzende durch einen unberechtigten Dritten verdrängt wird, tritt die Unterbrechung ein.[15]

β) Durch Erhebung der Eigentumsklage. Sie unterbricht die Ersitzung, auch wenn sie nicht zum Ziele führt, vielmehr angebrachtermaßen abgewiesen oder fallen gelassen wird. Unter Umständen wird die Klageerhebung durch eine Protestation ersetzt. Diese Unterbrechung ist eine bloß relative, da sie nur dem Kläger zugute kommt. Hat also ein Nichtberechtigter die Eigentumsklage erhoben, so unterbricht dies die Ersitzung nicht zugunsten des Eigentümers, welcher während der Ersitzungszeit untätig blieb.[16]

---

11) l. 2 § 17 D. pro emptore 41, 4.

12) Die accessio possessionis entwickelte sich bei der longi temporis praescriptio l. un C. de usuc. transform. 7, 31. Nach einem Reskripte von Severus und Caracalla sollte sie auch bei der usucapio im Falle eines Kaufes, d. h. wohl überhaupt onerosen Erwerbes, eintreten, § 13 J. de usuc. 2, 6, l. 2 § 20 D. pro emptore 41, 4. Justinian erst hat die Akzession für die Ersitzung allgemein gemacht.

13) arg. l. 15 § 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

14) l. 2 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum: Usurpatio est usucapionis interruptio.

15) l. 5 D. de usurp. 41, 3. BGB. § 940 enthält eine Milderung des Satzes.

16) Ebenso BGB. § 941. Hinsichtlich der Unterbrechung der Ersitzung durch Klageerhebung war das Recht der alten usucapio und das der longi temporis praescriptio ein verschiedenes. Die bezüglichen Entscheidungen sind aber unverändert in das corpus juris Justinians übergegangen. a) Die usucapio wurde durch die Litiskontestation nicht unterbrochen; es bestand jedoch die Prozeßobligation des Beklagten, welcher während des Schwebens des Prozesses ersaß, die Sache trotzdem dem Kläger zu restituieren, wenn dieser zur Zeit der Litiskontestation Eigentümer gewesen war, l. 17 § 1 in fine, l. 18, l. 20 und 21 D. de rei vind. 6, 1, l. 2 § 21 D. pro emptore 41, 4. b) Die longi temporis praescriptio wurde durch Klageerhebung unterbrochen, und zwar nicht bloß zugunsten des Klägers, sondern auch Dritter, da man ungestörten Besitz des Präskribenten zu dieser Ersitzung forderte, l. 1 C. de praescr. longi temporis 7, 33, l. 4 C. quibus non objiciatur 7, 35, l. 10 C. de adquir. et ret. poss. 7, 32. Welches Recht ist nun für das justinianische Ersitzungsrecht maßgebend? Es kann nicht zweifelhaft sein, daß nach justinianischem Rechte die Klageerhebung die Ersitzung geradezu unterbricht, da dies nach l. 2 C. de annali exceptione 7, 40 in gewissen Fällen sogar durch Protestation geschieht, welche die Klageerhebung ersetzt. Andererseits ist aus der Aufnahme der Stellen über die usucapio zu folgern, daß die Unterbrechung durch Klageerhebung nur zugunsten des Klägers, nicht eines Dritten wirkt. Diese eklektische Auffassung entspricht der Lage des Quellenmaterials und ist innerlich gerechtfertigt. Die Ansichten der Neueren gehen übrigens sehr auseinander. Vgl. Wächter, Erörter. Bd. 3 S. 99 ff., Stephan im Archiv für ziv. Praxis Bd. 34 S. 180, E. Grueber, Einfluß der Eigentumsklage auf

Erhält der frühere Besitzer den Besitz zurück, so beginnt eine neue Ersitzung.[17] Geschah die Unterbrechung durch Klageerhebung oder gleichstehende Ereignisse, so ist nur eine außerordentliche Ersitzung von dem Augenblicke an möglich, mit welchem die Unterbrechungstatsache der Vergangenheit anheimfällt.[18]

Es gibt Umstände, welche das Ruhen der Ersitzung bewirken, d. h. die Ersitzung steht still, solange sich ihr Hindernisse entgegenstellen, läuft aber nach deren Beseitigung weiter.[19] Dies Ruhen tritt namentlich ein, wenn die Klage des Eigentümers rechtlich gehemmt ist, z. B. im Falle des Verbauens von Materialien in ein Gebäude.[20]

Infolge der Ersitzung erwirbt man Eigentum in vollem Umfange

§ 184. Die außerordentliche Ersitzung.[1]

Wer die Einrede der Klagenverjährung gegen den Eigentümer infolge 30- oder 40-jährigen Besitzes einer Sache erworben hatte, war befugt, die Sache im Falle des Besitzverlustes zu vindizieren, wofern der Besitz seinerzeit redlich begründet wurde. So bestimmte Justinian im Jahre 528,[2] drei Jahre vor jener Verordnung, welche usucapio und longi temporis praescriptio verschmolz.

Hiernach erlangt der Präskribent mit Ablauf der 30- oder 40-jährigen Verjährung Eigentum. Die Neueren bezeichnen solchen Erwerb als außerordentliche Ersitzung, und zwar vom dogmatischen Standpunkte aus mit Recht. Doch Justinian war diese Auffassung noch fremd; seine Absicht war darauf gerichtet, die Wirkungen der Klagenverjährung zu erweitern. Daher sind für die Einzelheiten nicht die Grundsätze der Ersitzung, sondern diejenigen der Klagenverjährung maßgebend.[3]

1. Der Lauf der außerordentlichen Ersitzung beginnt mit dem Augenblicke, in welchem die Nativität[4] der Eigentumsklage eintritt.

Sie vollendet sich nach den Regeln der Klagenverjährung in 30 Jahren, ausnahmsweise in 40 Jahren, und da die Klagenverjährung den Ablauf des letzten Tages fordert, so gilt gleiches auch für die außerordentliche Er-

---

die Ersitzung 1875, Windscheid Bd. 1 § 180 Anm. 7, Arndts § 163 Anm. 2, Brinz Bd. 1 S. 600.

17) l. 15 § 2 D. de usurp. 41, 3, l. 7 § 4 D. pro emptore 41, 4.

18) Oben § 132 S. 274.

19) Vgl. oben § 131 S. 272.

20) Siehe oben § 171. Auch BGB. § 939 verweist auf die Analogie der Verjährung der Eigentumsklage.

1) Über BGB. vgl. oben § 181 Anm. 13.

2) l. 8 C. de praescr. XXX annorum 7, 39.

3) Unterholzner Bd. 2 § 177 und § 178 neigte sich der Ansicht zu, daß durch die l. un. C. de usuc. transformanda die praescriptio longissimi temporis ebenso wie die praescriptio longi temporis unter die Prinzipien der Usukapion gestellt sei. Hiergegen erklärte sich mit Recht Fritz in Lindes Zeitschr. Bd. 3 n. 23.

4) Vgl. oben § 131.

sitzung. Die Unterbrechung der Klagenverjährung ferner schließt auch die Unterbrechung der außerordentlichen Ersitzung in sich.

2. Der Präskribent muß den Besitz in gutem Glauben erworben haben. Eines Titels bedarf er nicht.

Streitfrage ist, ob sich der gute Glaube bei der außerordentlichen Ersitzung auf einen unentschuldbaren Irrtum, insbesondere ob er sich auf Rechtsirrtum stützen könne. Die Frage ist zu bejahen, trotzdem das Recht im allgemeinen nur entschuldbaren Irrtum beachtet. Denn es ist ein ungesunder Zustand, daß der langjährige Besitzer zwar durch Einrede geschützt ist, daß er aber rechtlos wird, sobald er den Besitz verliert. Dem wollte Justinian ein Ende machen. Nur dem Unwürdigen sollte die Wohltat nicht zugute kommen. Wer aber unentschuldbar irrt, ist nicht unwürdig.[4] [5]

3. Auch ersitzungsunfähige Sachen unterliegen der außerordentlichen Ersitzung.[6] Daher werden in dieser Weise, was freilich streitig ist, auch gestohlene und geraubte Sachen ersessen. Was aber des Privateigentums nicht fähig ist, kann auch durch außerordentliche Ersitzung nicht erworben werden. Desgleichen sind Objekte, bezüglich deren die Klagenverjährung nicht läuft, insbesondere Sachen der Unmündigen, nicht Gegenstand der außerordentlichen Ersitzung.

§ 185. Die unvordenkliche Zeit.[1]

1. Was seit Menschengedenken wie ein Recht bestand, galt als rechtmäßig begründet. Es hat für sich die Gewähr der unvordenklichen Zeit oder, wie man auch sagt, der unvordenklichen Verjährung — praescriptio immemorialis.

2. In Rom sicherte die unvordenkliche Zeit gewisse Verhältnisse des Grundeigentums, die aus uralten Zeiten, zum Teil der ersten Ansiedelung, stammten und deren ursprüngliche Begründungstitel verschollen waren. Hierher gehörten öffentliche Wege,[2] ferner Anlagen, welche die Wasserläufe regelten, endlich Wasserleitungen.[3] [4]

---

5) Dieselbe Ansicht vertritt Wächter, die bona fides 1871, insbesondere S. 114, jedoch aus anderen Gründen. Neuere Literatur über die Frage wird dort zitiert. Gegen Wächter erklärte sich Bruns, das Wesen der bona fides 1872, vgl. auch Bruns im Archiv für ziv. Praxis, 57 n. 14.

6) Die Glossatoren, deren Ansichten im 16. Jahrhundert bestimmend waren, faßten die longissimi temporis praescriptio nicht als Ersitzung auf. Sie nahmen sogar an, daß die von Justinian eingeführte vindicatio utilis nur gegen Dritte, nicht aber gegen den Eigentümer selbst gehe. So Glossen zu l. 8 § 1 C. de praescr. XXX. ann. 7, 39; vgl. Landsberg, Glosse S. 210.

1) Pfeiffer, praktische Ausführungen 1828 Bd. 2 S. 3ff.; P. H. J. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit 1835; Arndts Beiträge I. 3 — ziv. Schriften I. 8; Savigny Bd. 4 S. 480; A. Schmidt, ziv. Abh. S. 169; Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit 1843; Leonhard, Gutachten des deutsch. Juristentags 1882 Bd. 1 n. 12; Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 35 IV. BGB. erwähnt die „unvordenkliche Zeit" nicht. Sie bleibt auch unter seiner Herrschaft wichtig für die dem Landesrecht überlassenen Materien und hiervon abgesehen für Zustände, die vor seinem Inkrafttreten über Menschengedenken hinaus bestanden.

2) l. 3 pr. D. de locis et itin. publ. 43, 7.

3. Die praescriptio immemorialis stützte sich auf folgende Voraussetzung:

a) Es mußte *positiv* feststehen, daß der fragliche Zustand seit sehr langer Zeit ununterbrochen dauerte.[5]

b) Es war *negativ* zu beweisen, daß keine sichere Kunde von einem anderen Zustande im menschlichen Gedächtnisse lebe. Dies ließ sich direkt nur dartun durch Zeugen.[6] [7]

Die Übung muß die eines *Rechtes* gewesen sein. Es darf sich also nicht um Ausnutzung einer bloßen Vergünstigung oder um eine bewußte Usurpation gegenüber Nachgiebigkeit und Nachlässigkeit gehandelt haben.[8] Bilden entsprechende Zustände allgemein oder lokal der Regel nach Gerechtsame, so ist ihr Rechtscharakter anzunehmen, sonst hat ihn der Präskribent zu erweisen.

Tatsachen, welche eine *unrechtmäßige Entstehung* dartun, *entkräften die Unvordenklichkeit*. Reichen sie in die Zeit vor zwei Generationen hinauf, so ist dies aber nur dann der Fall, wenn sich der spätere Zustand nachweisbar *fortgesetzt* auf jenen Anfang gründete.

4. Streitfrage ist, ob die Unvordenklichkeit als wahre *Verjährung* oder als *Vermutung* dereinstiger rechtmäßiger Entstehung aufzufassen

---

3) l. 1 § 23 D. de aqua 39, 3, l. 2 pr. D. eod.; Burckhard, die actio aquae pluviae arcendae 1881 S. 362. — l. 3 § 4 D. de aqua cottidiana 43, 20. l. 26 D. de aqua 39, 3. Sokolowski, die Philisophie im Privatrecht, Bd. 2 S. 55 ff.

4) Die gemeinrechtliche Praxis ließ gestützt auf kanonisches Recht und deutsche Rechtsanschauung, *allen einer rechtlichen Fixierung fähigen, dauernden Verhältnisse, sofern sie seit unvordenklichen Zeiten bestanden*, Schutz angedeihen. Positive Rechte und Befreiungen von Rechten, Zustände des Grundeigentums und obligatorische Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, Befugnisse rein privatrechtlicher Natur und solcher publizistischer Art, z. B. Steuerbefreiungen, fanden daher ihre Gewähr in der Unvordenklichkeit. Sie ersetzte den Nachweis von Privilegien wie von privaten Titeln. Savigny S. 510 behauptete, die unvordenkliche Zeit komme nur in Betracht bei Verhältnissen *publizistischen* Charakters. Aber dieser Gesichtspunkt ist nicht einmal für das römische Recht schlechthin entscheidend. Gemeinrechtlich hatte unser Institut zweifelsohne eine viel weiter gehende Anwendung.

5) Es wird „vetustas" erfordert. Aber nicht überall, wo die Autorität der vetustas angerufen wird, ist von unvordenklicher Verjährung die Rede, vgl. Schmidt a. a. O. Die gemeinrechtliche Praxis forderte den Ablauf von 40 Jahren.

6) l. 28 D. de probationibus 22, 3. Labeo libro 7 pithanon a Paulo epitomatorum: Paulus . . . cum omnium haec est opinio nec audisse nec vidisse, cum id opus fierit, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter susum versum accidet, cum memoria operis facti non exstaret.

7) Nach gemeinem Recht mußten sie bereits vor 40 Jahren von dem fraglichen Verhältnisse Kunde gehabt haben und bezeugen, einmal, daß der Zustand mindestens 40 Jahre stetig dauerte, und zweitens, daß sie von einem anderen Zustande aus der früheren Zeit nichts von den Vorfahren gehört hätten. Nicht bloß, was die Zeugen selbst von ihren Vorfahren hörten, sondern auch was diese von den Vorfahren vernahmen und weiter den Zeugen berichteten, kommt in Betracht, l. 28 D. de prob. cit.; doch ist dies bestritten, vgl. Savigny S. 535. Was über zwei Generationen hinausliegt, ist nur zu beachten, falls der ununterbrochene Zusammenhang mit dem jetzigen Zustande feststeht. Nach rationeller Praxis haben Urkunden, welche das Bestehen des Zustandes durch zwei Generationen dartun, die gleiche Bedeutung wie solche Aussagen.

8) RG. Bd. 17 S. 123.

sei. Das letztere ist das Richtige. Das Recht gilt als altbegründet, nicht als jetzt geschaffen.[9]

Daher schützt die unvordenkliche Zeit auch Rechte, die derzeit nicht mehr begründbar wären, sofern sie in alten Zeiten legal in das Leben treten konnten. Gerechtsame, welche das jetzige Recht absolut ausschließt, finden aber auch in der Unvordenklichkeit keinen Schutz.

VII. Die Endigung des Eigentumsrechtes.

§ 186. Fälle der Beendigung des Eigentumes.

1. Der Verlust des Eigentumes für ein Subjekt fällt in der Regel mit dem Erwerbe des Eigentumes für ein anderes zusammen. Dann handelt es sich um die Zirkulation der Sachgüter. Ein derartiger Wechsel des Eigentumes kann eintreten:

a) auf Grund des Willens des bisherigen Eigentümers durch Tradition,

b) ohne solchen Willen als Konsequenz des Erwerbes des Eigentumes durch einen Anderen, z. B. durch Ersitzung, Einziehung, richterlichen Zuschlag in der Subhastation, wie auch infolge der Geltendmachung einer Resolutivbedingung.

2. Das Eigentum erlischt schlechthin mit dem Untergange der Sache. Es besteht jedoch an den Überresten, z. B. an dem Felle eines gefallenen Tieres fort.[1]

Auch dadurch erlischt das Eigentum, daß die Sache in einen herrenlosen Zustand gelangt. Dies ist möglich:

a) infolge einer Dereliktion, d. h. Aufgabe des Besitzes in der Absicht, nicht mehr Eigentümer zu sein.[2] [3] [4]

---

9) Unvordenklicher Adel z. B. ist alten, nicht neuesten Datums. Die Gegner legen Gewicht darauf, daß das kanonische Recht die Unvordenklichkeit als „praescriptio" bezeichnet, l. 1 D. praescr. in 6to 2, 13, und daß die Reichsgesetze von unvordenklicher „Verjährung" reden. So z. B. Windscheid Bd. 1 § 113 Anm. 4. Es hat dies aber wenig zu bedeuten, da man „praescriptio" wie „Verjährung, in sehr weitem Sinne zu gebrauchen pflegte. Eine wahre Verjährung nehmen an Unterholzner, Pfeiffer Bd. 2 S. 80, Windscheid a. a. O. Anm. 4. Für eine Vermutung erklärten sich die meisten Schriftsteller des vorigen und jetzigen Jahrhunderts, vgl. die bei Leonhard a. a. O. S. 272 Angeführten, wie auch Hölder, Pand. § 38. Gleichwohl ist es am zweckmäßigsten, die unvordenkliche Zeit im Anhang zur Ersitzungslehre zu behandeln, da zu ihrem richtigen Verständnis Bekanntschaft mit den Grundsätzen der praescriptio überhaupt vorausgesetzt wird.

1) l. 49 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Celsus libro 18 digestorum: Meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo.

2) Ricci, la derelizione in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 13 S. 321. Die Dereliktion wurde als Grund des Unterganges des Eigentumes von den Römern nur allmählich und nur mit Widerstreben anerkannt. Die Prokulianer nahmen Eigentumsverlust durch Dereliktion daher nur an, wenn sich ein anderer in den Besitz

b) Wilde, d. h. normalerweise nicht unter menschlicher Herrschaft lebende Tiere, welche uns zu eigen waren, werden herrenlos, wenn sie ihre natürliche Freiheit zurückerlangen.[5] Dies wird bei gefangenen, d. h. bloß durch physische Mittel zurückgehaltenen, angenommen, wenn sie entfliehen und dem Gesichtskreise ihres Verfolgers entkommen,[6] bei gezähmten, d. h. psychisch beherrschten, wenn sie sich entfernt und die Gewohnheit der Rückkehr aufgegeben haben.[7]

---

gesetzt hatte; erst die Sabinianer entschlossen sich dazu, die Dereliktion schlechtweg für Eigentumsverlust zu erklären, l. 2 § 1 D. pro derelicto 41, 7, l. 1 D. eod. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 113, Voigt, röm. Rechtsgesch. Bd. 1 § 36 Anm. 33. Dereliktion kam vorzugsweise vor und wurde zuerst anerkannt in Fällen, in welchen Lasten das Eigentum beschwerten, die größer erschienen, als dessen Vorteile. So ließ bereits Labeo Dereliktion eines Grundstückes zu, um der Last der servitus oneris ferendi zu entgehen, l. 6 § 2 a. E. D. si serv. vind. 8, 5, siehe ferner l. 6 D. de damno infecto 39, 2. — Kann auch derelinquieren, wer nicht besitzt? Für die Regel wird man dies verneinen müssen, denn es fehlt die Möglichkeit der Besitzaufgabe, in welcher die Dereliktion zum Ausdruck gelangt. Hieraus erklärt sich möglicherweise l. 17 § 1 D. de adquir vel amitt. poss. 41, 2. Ulpianus libro 76 ad edictum: Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Die Stelle hat einen guten Sinn, wenn man sie auf den nicht besitzenden Eigentümer bezieht. Vgl. übrigens auch Czyhlarz a. a. O. S. 91.

3) Die Absicht des Derelinquierenden muß nicht bloß auf die Aufgabe des Besitzes gerichtet sein, § 47 J. de rer. div. 2, 1 pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit. § 48 Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur: hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente non intellegentibus dominis cadunt; l. 43 § 11 D. de furtis 47, 2 steht nicht im Widerspruch. Anderer Ansicht Czyhlarz a. a. O. S. 105.

4) Nach BGB. § 928 ist Verzicht auf das Eigentum an einem Grundstück nur in grundbuchmäßiger Form zulässig. Solange das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, gilt aber das bisherige Recht bezüglich des Eigentumsverlustes. EinfG. z. BGB. Art. 189. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht B. 3 § 96 S. 275.

5) Einen verwandten Fall haben wir oben § 57 Anm. 14 kennen gelernt.

6) Im wesentlichen ebenso BGB. § 960; vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 112 S. 316; l. 3 § 2 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum: Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit, l. 5 pr. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit ejus persecutio. Wenn freilich ein Papagei oder ein Kanarienvogel oder wenn ein Löwe aus einem zoologischen Garten entspringt und außerhalb des Gesichtskreises der Verfolger gelangt, so ist das Eigentum an ihnen nicht verloren, denn diese Tiere können in Deutschland nicht in die natürliche Freiheit gelangen. Unrichtig Czyhlarz a. a. O. S. 47.

7) Ebenso BGB. § 960 Abs. 3. l. 5 § 5 D. de adq. rer. dom. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum . . . in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint. Ihering, Besitzwille S. 292.

An Haustieren, welche den Menschen normalerweise dienstbar sind, verlieren wir zwar den Besitz, wenn sie dauernd aus unserem Gewahrsam kommen, nicht aber das Eigentum.[8]

Drittes Kapitel.

Die Klagen des Eigentümers und des gutgläubigen Besitzers.

I. Dingliche Klagen.

§ 187. Die Eigentumsklage.[1]

Ist der Besitz in Widerstreit zum Eigentume getreten, so löst die Eigentumsklage — die rei vindicatio — den Konflikt.[2] Sie bringt die Rechte des nicht besitzenden Eigentümers gegenüber dem besitzenden Nichteigentümer zur Geltung. Und zwar siegt der Eigentümer über den Besitzer ohne Rücksicht darauf, ob derselbe im guten oder bösen Glauben besitzt.

Dennoch gibt der Besitz auch dem Eigentümer gegenüber eine nicht zu unterschätzende Position.

Vor allem muß der Kläger sein Eigentum beweisen. Mißlingt dieser Beweis, so bleibt der Beklagte im Besitze.[3]

---

8) l. 5 § 6 D. de a. r. d. 41, 1. Die Römer zählten Haustauben zu den wilden, bloß gezähmten Tieren, so daß dieselben herrenlos wurden, wenn sie wegflogen und die Gewohnheit der Rückkehr aufgaben. Das ist nicht gemeines und auch nicht Reichsrecht. In Schlägen gehaltene Tauben sind vielmehr Haustiere, an denen Eigentum auch dann nicht erlischt, wenn sie sich verfliegen. Wie aber steht es mit Bienenschwärmen? Gajus erklärt l. 5 cit. § 5: „apium quoque natura fera est". Auch ältere deutsche Quellen bezeichnen die Biene als „en wilt Worm". Das sprachen ihnen die Juristen blind nach bis zum heutigen Tage. Ob aber die Bienen zahme Tiere sind oder nicht, ist eine naturwissenschaftliche Frage. Waren sie zur Zeit des Gajus und der mittelalterlichen Quellen noch „wilde" Tiere, so sind sie es heute sicherlich nicht mehr. Sie sind in Deutschland durchweg domestiziert; kommen wilde Bienen vor, so sind es dem Eigentümer eines Mutterstocks entflohene und verwilderte, wie es auch verwilderte Katzen gibt. Daher bleibt namentlich der ausgeflogene Schwarm dem Eigentümer des Mutterschwarmes. Verfliegt er sich und fängt ihn ein Dritter, so ist derselbe ähnlich wie ein Finder einer verlorenen Sache zu behandeln. Er kann vom Eigentümer wohl Vergütung wegen seiner Tätigkeit fordern, muß den Schwarm aber herausgeben, sofern die Identität nachweisbar ist. So Bälz, Recht an Bienen 1890. Doch für das BGB. §§ 961 ff. ist die Biene ein „wildes" Tier geblieben. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 112 S. 319.

1) Tit. Dig. de rei vindicatione 6, 1. Tit. Cod. de rei vind. 3, 32. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung gibt Wetzel, der römische Vindikationsprozeß 1845. Vgl. ferner Pfersche, die Eigentumsklage in s. privatrechtl. Abhandlungen 1886.

2) Über die alte zweiseitige vindicatio vgl. oben § 116 1.

3) l. 28 C. de rei vind. 3, 32 Diocletianus: Res alienas possidens, licet justam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

Der Besitzer kann ferner die Sache auch der Eigentumsklage gegenüber bis zum Ersatze gewisser Verwendungen zurückhalten.

In der klassischen Zeit konnte der Eigentümer die Sache dem Besitzer mit der Eigentumsklage überhaupt nicht gegen dessen Willen entwinden. Die Vindikation lief nämlich zur Zeit des Formularprozesses wie jede andere Vermögensklage in eine Geldkondemnation aus. Zwar war sie arbitraria, d. h. der Richter legte dem Beklagten, falls sich die Klage als begründet erwies, die Restitution der vindizierten Sache durch einen Zwischenbescheid auf, aber dieser Befehl war nicht vollstreckbar.[4] Gehorchte ihm der Beklagte nicht, so bestand die Folge nur darin, daß Kläger sein Geldinteresse bei der Restitution — die litis aestimatio — durch juramentum in litem einseitig feststellen konnte. Die Litisästimation galt als Kaufpreis; das Eigentum der vindizierten Sache ging für denselben auf den Beklagten über.[5] Der Besitzer konnte sich hiernach im Besitze der Sache behaupten, wenn er nur einen hohen Preis nicht scheute.

Das justinianische Recht hat diese den Besitzer schonenden Einrichtungen umgebildet. Der Restitutionsbefehl erhielt Vollstreckbarkeit.[6] [7]

Während nach römischer Auffassung dem besitzenden Eigentümer die Klage um das Recht des Eigentums in keiner Form zustand,[8] verfügt derzeit der Eigentümer, auch wenn er im Besitze ist, über Feststellungsklagen, durch welche er die Frage des Eigentumsrechts zur richterlichen Beurteilung bringen kann, sofern er an dieser Feststellung ein rechtliches Interesse hat.[9]

---

4) Vgl. oben S. 239. Daselbst auch die Formel der rei vindicatio.

5) l. 46 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 10 ad Sabinum: Ejus rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor juraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit, l. 35 § 2, l. 63 D. eod., l. 7 § 1 D. de Publ. in rem. act. 6, 2, l. 1, l. 3 D. pro emptore 41, 4.

6) l. 68 D. de rei vind. 6, 1.

7) Gemeinrechtlich ging das Endurteil auf Herausgabe der Sache. Verurteilung in Geld anstatt zur Herausgabe der Sache erfolgte nur für den Fall, daß die Vollstreckung in die Sache selbst unmöglich wurde. Schon nach der Auffassung der Glosse ist die Verurteilung zur Herausgabe der vindizierten Sache nicht mehr Zwischenbescheid, sondern Endurteil, gl. restituitur zu l. 68 D. cit. und die bei Landsberg, Glosse S. 284 zitierten Stellen. So auch BGB. § 985.

8) Der in § 2 I. de act. 4, 6 erwähnte „unus casus" wird meist als Fall der Eigentumsklage des besitzenden Eigentümers verstanden. Man hat ihn eifrigst gesucht. Indessen besteht — Vangerow Bd. 1 § 332 — wenig Hoffnung auf Einigung über die Lösung des Rätsels. Betrachtet man die Institutionenstelle genau, so ergibt sich, daß der berüchtigte „eine Fall" der Eigentumsklage — nicht existiert. Die §§ 1 und 2 cit. handeln nämlich von den dinglichen Klagen überhaupt. Sie besprechen zuerst die Eigentumsklage, dann die actio confessoria und schließen mit der negatoria. Hierüber äußert nun § 2 istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes optinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Dies soll unseres Ermessens nur heißen: in dem einen Fall der dinglichen Klage, von dem vorher gesprochen war — nämlich der actio negativa —, kann auch der Besitzer klagen, wie die Pan-

§ 188. Die Parteien bei der Eigentumsklage.

1. Nur der Eigentümer ist klageberechtigt.[1] Zessionare können zwar an Stelle des Eigentümers klagen.[2] Sie haben aber nur die Ausübung fremden Rechtes in eigenem Interesse. Denn grundsätzlich ist die Eigentumsklage Zubehör des Eigentumsrechts.[3]

2. Die utilis actio ad rem vindicandam von Nichteigentümern, welche öfter erwähnt wird, ist nicht, wie viele vermeinen, eine Eigentumsklage.[4]

Diese Klage steht unter anderem dem früheren Eigentümer einer Tafel zu, welcher sie durch Bemalung seitens eines Dritten verlor, auf Herausgabe des Bildes, falls ihm kein Ersatz geleistet wird,[5] ferner dem Schenker auf Rückgabe der unter Auflegung von Alimenten verschenkten Sache wegen Nichterfüllung der Auflage,[6] der Ehefrau zur Rückforderung der bei Auflösung der Ehe bei ihrem Ehegatten noch vorhandenen Dotalobjekte.[7] Ebenso kann der Ehegatte die Gegenstände, welche der von ihm beschenkte Gatte für das geschenkte Geld erwarb,[8] der Mündel die von

---

dekten näher darlegen; mit der Eigentumsklage dagegen kann der Besitzer nicht klagen. Es ist nicht notwendig, den „casus" unter die „controversiae rerum corporalium" zu stellen; er bildet vielmehr den Gegensatz zu denselben.

9) ZPO. § 256, siehe oben § 124.

1) Der römische Miteigentümer konnte seinen ideellen Teil, aber nicht die ganze Sache vindizieren; vgl. BGB. § 1011.

2) Die Zession der Vindikation erwähnen u. a. l. 21, l. 63 D. de rei vind. 6, 1, l. 25 § 8 D. locati 19, 2, l. 14 pr. D. de furtis 47, 2, es regelt sie l. 9 C. de her. vel act. vend. 4, 39. Die Natur dieser Zession hat Jhering, Übertragung der rei vindicatio auf Nichteigentümer in seinen Jahrb. Bd. 1 n. 3 untersucht. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 337 und die dort zitierte Literatur. Carvajal y Viana, Zession der rei vind. Göttinger Inaug.Diss. 1888, Stampe im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 80 n. 8 und über die Zession von Miteigentumsansprüchen RG. Bd. 27 S. 154.

3) Die Zession der dinglichen Klagen ist in vielen Beziehungen problematisch. Sie ist von der Zession der Forderungen in ihrer heutigen Gestalt wesentlich verschieden, denn diese begründet einen Übergang des Rechtes selbst, nicht der bloßen Ausübung. Die dingliche Klage dagegen bleibt stets Ausfluß des zugrunde liegenden dinglichen Rechtes und kann ohne dieses nur der Ausübung nach übertragen werden. — Bestritten ist, ob die Zession ihre Wirkung behält, wenn der Zedent selbst der Besitzer wird. Hierfür ist u. a. Bähr in Jherings Jahrb. Bd. 1 S. 444, Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 12; dagegen Jhering a. a. O. S. 110. Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 5, früher für die Bejahung, ist seit der 7. Aufl. zweifelhaft geworden. Doch für dieselbe spricht der Zweck der Zession der Vindikation. Auch wird sie durch l. 63 D. de rei vind. 6, 1 unterstützt; vgl. Stampe a. a. O. Die Klage erlischt regelrecht mit dem Untergange des Rechtes der Zedenten, Jhering a. a. O. S. 112 u. Windscheid Bd. 2 § 337 Anm. 8. — Vgl. für das BGB. dessen § 931, § 986 Abs. 2, siehe auch § 870 das.

4) Diese Klage hat zuerst eingehend Jhering in seinen Jahrb. Bd. 1 S. 120 ff. behandelt. Seitdem wurde sie mehrfach Gegenstand der Erörterung, vgl. Kindervater in Bekkers Jahrb. Bd. 6 n. 9, Camillo Brezzo, L'utilis actio del diritto romano, Torino 1889; BGB. kennt solche utilis vindicatio nicht.

5) Gaj. Inst. II § 78, § 34 J. de rer. div. 2, 1, vgl. auch l. 5 § 3 D. de rei vind. 6, 1.

6) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54, siehe auch l. 15 C. de don. ante nupt. 5, 3.

7) l. 30 C. de jure dot. 5, 12.

seinem Vormunde mit Mündelgeld,[9] endlich der Soldat die mit seinem Gelde von Dritten angeschafften Sachen mit dieser utilis in rem actio beanspruchen.[10]

Die Klage soll dem Kläger Besitz und Eigentum *verschaffen*, nicht aber bestehendes Eigentum zur Anerkennung bringen.[11] Es handelt sich also um ein *dingliches* Recht auf *Übereignung einer Sache*, allerdings eine singuläre Art dinglicher Berechtigung.[12]

3. Beklagter ist der *Besitzer*,[13] oder sein gesetzlicher Vertreter, z. B. der Konkursverwalter bezüglich der in der Masse befindlichen, dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sachen.

Eigenbesitz ist nicht erforderlich. Der *Inhaber in fremdem Namen*, z. B. der Depositar, Mandatar, Kommodatar, Mieter, kann daher wie der Besitzer verklagt werden, welcher durch ihn vertreten ist;[14] denn der Eigentümer muß imstande sein, jeden zu überwinden, der sich in Widerstreit mit seinem Rechte setzt und die Möglichkeit hat, den Gegenstand herauszugeben.

Die Eigentumsklage gegen den bloßen Inhaber kann Härten im Gefolge haben. Denn dem Inhaber wird damit ein Prozeß aufgebürdet, an welchem er kein oder doch nur ein geringes Interesse hat, während sein an der Verteidigung vorzugsweise interessierter Autor unbehelligt bleibt. Oft kennt auch nur dieser, nicht der Inhaber, das Sachverhältnis

---

8) l. 55 D. de don. inter vir. et uxor. 24, 1, vgl. ferner l. 29 § 1 und l. 30 D. eod.

9) l. 2 D. quando ex facto 26, 9, l. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51. Drey, die utilis actio ad rem vindicandam des Pfleglings, München 1882.

10) l. 8 C. de rei vind. 3, 32.

11) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Valerianus et Gallienus. Si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, *id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi.*

12) Jhering a. a. O. gelangte zu dem Resultate, daß die utilis in rem actio eine *auf Übertragung des Eigentums gerichtete Klage sei*, so daß sie bald die Übertragung schlechthin, bald nur eventuell für den Fall beanspruche, daß der Beklagte nicht imstande und bereit sei, eine Geldleistung zu beschaffen. Dies ergibt sich in der Tat aus den Quellen. Jhering nahm weiter an, daß diese Vindikation nur gegen den zur Eigentumsübertragung persönlich verpflichteten Eigentümer angestellt werden könne, daß es sich also nur um die *Verstärkung einer persönlichen Klage handele*. Diese Behauptung hat Jhering nicht bewiesen. Die Klage tritt als dingliche auf und muß also dingliche Kraft haben.

13) In Rom konnte der Kläger, wenn Beklagter den Besitz ableugnete, den Streit auf die Besitzfrage beschränken und erlangte dann, wenn er den Beklagten des Besitzes überführte, dessen Übertragung. Deshalb meint die l. 80 D. de rei vind. 6, 1 geradezu: in rem actionem pati non compellimur, vgl. Rudorff, Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9 n. 2. Es handelt sich hierbei um eine Prozeßstrafe, welche durch die ZPO. nicht aufgenommen ist, vgl. Seuffert im Archiv für ziv. Praxis Bd. 67 S. 333.

14) l. 9 D. de rei vind. 6, 1, wo Pegasus als Vertreter einer Gegenansicht genannt wird. Nach BGB. § 985 kann der Eigentümer von „dem Besitzer" die Herausgabe der Sache verlangen. Darunter ist auch der mittelbare Besitzer des BGB. zu verstehen. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 119 Ziff. 2 S. 346.

genau und hat die Beweisdokumente in Händen. Es wird aber den berechtigten Ansprüchen des Eigentümers volles Genüge getan, wenn der Inhaber den Besitzer an seiner Statt als Verteidiger stellt. Darauf stützt sich die nominatio auctoris, welche Konstantin bezüglich der Vindikation von Immobilien einführte. Hiernach kann der beklagte Detentor vor der ersten Verhandlung zur Hauptsache seinem Autor den Streit verkünden, ihn zur Erklärung laden, und ihn außerdem in der Verhandlung schriftlich oder mündlich dem Kläger benennen. Ist dieses geschehen, so darf der Detentor oder sog. Nominant bis zur Abgabe der Erklärung und längstens bis zum Schluß des Termines, in welchem sich der Benannte — der sog. Nominat — zu erklären hatte, die Einlassung zur Hauptsache verweigern.[15]

Der Benannte ist befugt, mit Zustimmung des Beklagten den Prozeß an dessen Stelle zu übernehmen. Der Kläger hat hiergegen nur dann ein Widerspruchsrecht, wenn er selbständige Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht. Scheidet der Beklagte infolge der Nomination aus, so ist er zwar nicht mehr Prozeßpartei, wohl aber Prozeßinteressent. Denn die Entscheidung gegen seinen Autor wird auch gegen ihn rechtskräftig.

Folgt der Benannte der Ladung dagegen nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klageantrage zu genügen.[16] Er kann auch den Prozeß fortführen. Gelangt infolgedessen der Kläger in den Besitz der Streitsache, so bleibt dem Benannten gleichwohl die Vindikation. Er hat nur die günstige Lage des Besitzes verloren. Das Erkenntnis gegen den Nominanten steht ihm nicht entgegen.

4. Die Eigentumsklage kann ferner gegen Nichtbesitzer wegen Dolus erhoben und durchgeführt werden im Fall der sog. ficta possessio.[17]

a) Wer nämlich vor dem Prozeßbeginn „dolo desiit possidere", ist zu verurteilen, wie wenn er besäße.[18] Es gehören hierher dolose

---

15) l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 und zu dieser Verordnung Wieding, der justinianische Libellprozeß S. 630. Über die Entwicklung des Institutes Kannegießer, die prozeßhindernde Einrede, ein Beitrag zur nominatio auctoris 1878. Vgl. ZPO. § 76.

16) Ob der Detentor seinem Autor gegenüber zur nominatio auctoris verpflichtet ist, hängt von dem Verhältnisse ab, in welchem er zu demselben steht. Dem Kläger gegenüber besteht eine solche Verpflichtung nicht, sondern nur ein Recht hierzu. So jedenfalls nach ZPO. § 76.

17) Nach BGB. richtet sich die Haftung nach den für unerlaubte Handlungen geltenden Grundsätzen. Vgl. aber auch Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 119 Ziff. 5 S. 349.

18) l. 131 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 22 ad edictum: Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est. l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1. Dieser Rechtssatz wird in der l. 27 § 3 D. de rei vind. 6, 1 von Paulus auf das S. C. Juventianum aus der Zeit Hadrians zurückgeführt, vgl. l. 70 § 6 c D. de her. pet. 5, 3, l. 25 § 8 D. eod; in der Tat beruht er aber auf älterer römischer Praxis. Denn Pomponius, Gajus, Julianus behandeln ihn als einen feststehenden und bilden ihn in die feineren Details hinein aus, l. 36 pr., l. 52, l. 70 D. de rei vind. 6, 1. Die Berufung auf das Senatuskonsult durch Paulus geschah

Veräußerung und Vernichtung der Sache des Klägers vor dem Prozeßbeginne.[19] Culpa lata steht dem dolus gleich.[20]

b) Wer liti se optulit, d. h. sich fälschlich, den Kläger täuschend, für den Besitzer ausgibt und sich so auf den Prozeß einläßt, ist gleichfalls zu verurteilen, wie wenn er besäße.[21 22]

Im Grunde handelt es sich hier um Deliktsklagen in Form einer Vindikation. Aber die Wertung ist eine eigenartige. Denn nicht der Schaden wird abgemessen, den der Dolus des Beklagten dem Kläger verursachte, vielmehr wird ihm der Sachwert schlechthin zugesprochen, wenn es dem Beklagten nicht gelingt, den Gegenstand vor dem Endurteile herbeizuschaffen und sich durch dessen Auslieferung zu befreien.[23] Dessenungeachtet bleibt dem Eigentümer die Vindikation der Sache gegen den Besitzer, auch nachdem er deren Wert vom fictus possessor beigetrieben hat.[24 25]

5. Der gutgläubige Besitzer, welcher den Besitz vor der Klageerhebung verlor, unterliegt der Vindikation nicht. Hat er aber gegen Entgelt veräußert, so haftet er dem Eigentümer persönlich bis zum Belaufe seiner Bereicherung, wenn die Sache nachher unterging und demzufolge nicht mehr vindiziert werden kann.[26 27]

---

also nur, um die Praxis durch die Autorität eines Gesetzes weiter zu stützen. Vgl. Demelius, Exhibitionspflicht S. 185 ff. einerseits, Lenel, edictum Aufl. 1 S. 173 andererseits.

19) l. 9 pr. D. ad exhib. 10, 4. Gegen die Zulässigkeit der r. v. im Falle dolosen Vernichtung der Sache Czyhlarz, Wiener Festschrift für Unger S. 21 ff.

20) l. 9 § 4 D. ad exhib. 10, 4. Demelius a. a. O. S. 190. Die Behauptung, daß der malae fidei possessor der Vindikation auch unterliege, wenn er den Besitz durch culpa levis vor der Klageerhebung verlor, ist, wie Windscheid Bd. 1 § 193 Anm. 13 mit Recht bemerkt, aus den Quellen nicht zu begründen. Diese machen den malae fidei possessor nur wegen Verschlechterung vor dem Prozeßbeginne verantwortlich, die durch seine Schuld geschah, l. 25 § 2, l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3, l. 45 D. de rei vind. 6, 1. Anderer Ansicht Wächter, Erört. Heft 3 S. 130; Vangerow Bd. 1 § 332 Anm. 3 n. III 1 b; Savigny Bd. 6 S. 167; und von anderer Seite Brinz Bd. 1 S. 662 Anm. 13.

21) Vorausgesetzt ist Einlassung auf die Klage, vgl. l. 25 D. de rei vind. 6, 1. Etwas anderes wird auch in l. 27 pr. D. eod. nicht gesagt; Wächter, Erört. Heft 3 S. 128. Anderer Ansicht ist Vangerow Bd. 1 § 332 Anm. 3 III 1 a.

22) Dieser Fall der Vindikation stellte sich erst in der Zeit Hadrians fest. Noch Celsus libro 4 digestorum l. 45 D. de her. pet. 5, 3 gab nur einen Anspruch wegen Dolus auf das Interesse des Klägers: et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit non decipi. Die Schwierigkeit der Abschätzung war es wohl, was andere Juristen dazu bestimmte, die Vindikation zuzulassen, l. 13 § 13 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum . . . et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni, quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri. Auf diesen Gang der Entwicklung hat Demelius, die Exhibitionspflicht S. 191 ff., aufmerksam gemacht.

23) l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3.

24) l. 13 § 14 D. de her. pet. 5, 3, l. 7 D. de rei vind. 6, 1, l. 95 § 9 D. de solut. 46, 3. Der fictus possessor, welcher die Litisästimation leistet, kann die Zession der Klage des Eigentümers gegen den wirklichen Besitzer nicht fordern, l. 69, l. 70 D. de rei vind. 6, 1.

25) Der Erbe ist nach den Grundsätzen der Deliktsklagen verhaftet, l. 52 D. de rei vind. 6, 1.

§ 189. Form und Inhalt der Vindikation.

1. Wer in Rom die Eigentumsklage anstrengte, mußte die vindizierte Sache zunächst individuell genau bezeichnen und damit dem Verfahren eine bestimmte Grundlage geben.[1]

Aus besonderen Gründen gewährte man Erleichterungen.[2] Eine solche bildete die altüberlieferte Vindikation einer Herde. Denn hier hatte der Kläger zunächst nur das Eigentum an der Herde im ganzen zu behaupten und zu beweisen. Erst wenn dies festgestellt war, kam es im weiteren Verfahren zur Ermittelung der einzelnen Stücke, die ihm gehörten.[3] [4]

2. Der Kläger hat sein Eigentum zu beweisen,[5] und ebenso den Besitz des Beklagten zur Zeit der Klageerhebung oder dessen Dolus, der ihn wie einen Besitzer haftbar macht.[6]

Der Beweis des Eigentumes geschieht durch Darlegung eines Erwerbstitels. Stützt sich der Kläger auf derivativen Erwerb, so hat er auch das Eigentumsrecht seiner Rechtsvorfahren darzutun.[7] Doch genügt äußerstenfalls der Nachweis des Besitzes während der Ersitzungszeit.[8]

---

26) Die Quellen reden bald von einer condictio, bald von einer actio negotiorum gestorum directa. Der Beklagte darf vom Erlöse der Sache abziehen, was er seinerseits beim Erwerbe für sie gab, da sonst der frühere Besitzer über den Betrag seiner Bereicherung hinaus haften würde; vgl. Zimmermann, echte und unechte negotiorum gestio S. 53, Krüger im Archiv für ziv. Praxis S. 388. Auch Verwendungen, und zwar selbst luxuriöse, die er auf die Sache machte, wird er abziehen dürfen; sie mindern gleichfalls seine Bereicherung. Über BGB. vgl. § 816 Abs. 1 desselben.

27) Über Veräußerung nach der Klageerhebung — l. 17 pr. D. de rei vind. 6, 1 — vgl. Pacchioni in den stud. giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini 1892 S. 101 ff.

1) l. 6 D. de rei vind. 6, 1.

2) Der Miteigentümer mußte in der Regel die Größe der eingeklagten Quote in der Klage angeben; doch ließ man aus besonderen Gründen ausnahmsweise eine vindicatio incertae partis zu, l. 76 § 1 D. de rei vind. 6, 1.

3) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 294. Über die vindicatio gregis vgl. l. 1 § 3, l. 2, l. 3 pr. D. de rei vind. 6, 1, vgl. l. 23 § 5 D. eod., l. 21 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 452; Exner, Tradition S. 216; Göppert, einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 96, siehe hierüber auch oben § 56.

4) Auch im heutigen Prozesse muß der Kläger natürlich den Gegenstand, um den es sich handelt, von vornherein derart bezeichnen, daß daraufhin Verteidigung und Verurteilung möglich ist. Aber eine spezielle Beschreibung des Objektes in der Klage ist nicht mehr nötig. Man kann z. B. ein Gut vindizieren vorbehaltlich der späteren Ermittelung der in ihm enthaltenen Grundstücke; nicht weniger kann man Sachgesamtheiten, z. B. ein Warenlager, das Inventar eines Landgutes, in der Art einklagen, daß zuerst das Recht des Klägers im allgemeinen festgestellt und dann erst über die einzelnen zugehörigen Stücke verhandelt wird. So auch Kohler a. a. O. Die Römer sind so weit nicht gegangen, l. 3 § 1 D. de rei vind., vgl. auch l. 56 D. eod.

5) l. 9 D. de rei vind. 6, 1, l. 11 C. de pet. her. 3, 31, l. 2 C. de probat. 4, 19. Mitteis, Reichsrecht S. 501 nimmt an, daß diese Verordnungen durch den Gegensatz gegen das hellenistische Recht der sog. „Diadikasie" hervorgerufen wurden, bei welcher das relativ bessere Recht eines der Streitenden entschied.

6) l. 36 pr. D. de rei vind. 6, 1.

7) Sind die Voraussetzungen der Publiciana vorhanden, so siegt der Kläger als publizianisch Berechtigter, sofern sich seine Vindikation, was in der Regel der Fall sein

3. Gegenstand der Klage und der Verurteilung ist Anerkennung des Eigentumes des Klägers durch den Richter.

Daran schließt sich die Verurteilung zur Herausgabe der Sache und ihres Zubehörs,[9] [10] außerdem aber auch zu Leistungen persönlicher Natur. Hier tritt ein wesentlicher Unterschied in der Behandlung des redlichen und unredlichen Besitzers ein.

a) Der redliche Besitzer ist während der Zeit vor der Klageerhebung für die Sache nicht verantwortlich.[11] Von der Klageerhebung an haftet er für Verschulden.[12]

Der unredliche Besitzer dagegen ist wegen Nachlässigkeit auch in dem Fall verantwortlich, wenn er sie sich vor dem Prozeßbeginne zuschulden kommen ließ. Vom Prozeßbeginne an steht er sogar für Zufall ein, es sei denn, daß dieser nachweisbar auch den Kläger getroffen hätte, wenn ihm die Sache zur Zeit des Prozeßbeginnes herausgegeben worden wäre.[13]

b) Der redliche Besitzer hat die zur Zeit der Klageerhebung bei ihm vorhandenen Früchte zu restituieren,[14] ferner zu erstatten, was er nach der Klageerhebung aus der Sache gewonnen hat, sowie auch, was er nach derselben aus ihr als bonus pater familias hätte gewinnen können und sollen.[15]

Der unredliche Besitzer hat allen Gewinn herauszugeben, den er aus der Sache vor oder nach der Klageerhebung gezogen hat, ferner was er

---

wird, als eventuelle Publiciana auffassen läßt. Vgl. unten § 191. Manche verlangen freilich ausdrückliche Kumulation.

8) BGB. § 1006 bestimmt: „Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei". Der frühere Besitzer entkräftet aber diese Vermutung durch den Nachweis seines unfreiwilligen Besitzverlustes. Weiter wird bestimmt: „Zugunsten eines früheren Besitzers wird vermutet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei". Damit wird der Eigentumsbeweis sehr erleichtert. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 121 S. 355.

9) Vgl. l. 246 § 1 D. de V. S. 50, 16.

10) Was den Ort der Restitution anlangt, so hat der redliche Besitzer bewegliche Sachen zu restituieren, wo sie sich befinden; doch kann der Kläger ihre Restitution am Klageort auf seine Gefahr und Kosten fordern. Der unredliche Besitzer, welcher die Sache von dem Orte wegbrachte, an dem er den Besitz überkam, hat sie dorthin auf seine Kosten zurückzuliefern, l. 10, l. 11, l. 12, D. de rei vind. 6, 1.

11) Vgl. l. 31 § 3 D. de her. pet. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum . . . nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querellae subjectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est.

12) l. 21, l. 36 § 1, l. 45 D. de rei vind. 6, 1, siehe oben § 168. Ebenso BGB. § 989. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 120 S. 352 ff.

13) Siehe oben § 168 Anm. 12. So im wesentlichen auch nach BGB. §§ 990, 992. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht a. a. O.

14) l. 22 C. de rei vind. 3, 32. Vgl. oben § 168 Ziff. 5.

15) § 2 J. de officio judicis 4, 17 . . . si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum: post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt vel percepti consumpti sunt. Vgl. RG. Bd. 3 S. 202. Nach BGB. gibt der redliche Besitzer nur die nach der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen heraus und leistet Ersatz für die nach diesem Zeitpunkt schuldhafterweise nicht gewonnenen, § 987. Geschah der Besitzerwerb unentgeltlich, so hat er die vorher gezogenen Nutzungen als ungerechtfertigte Bereicherung zu erstatten, § 988. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht a. a. O.

vor dem Prozeßbeginne nachlässiger Weise aus der Sache zu ziehen versäumte. Nach dem Prozeßbeginne hat er zu ersetzen, was der Eigentümer hätte gewinnen können, selbst wenn der Besitzer persönlich nicht imstande war, derartigen Gewinn zu erzielen.[16]

4. Der Kläger konnte sein Interesse einseitig durch juramentum in litem abschätzen, wenn der Beklagte die Sache ungehorsamerweise nicht herausgab.[17]

§ 190. Retentionsrechte gegenüber der Vindikation.

In gewissen Fällen war der Besitzer zur Zurückhaltung der vindizierten Sache berechtigt.

I. Diese Befugnis stand ihm zu, wenn er ein dingliches Recht auf Besitz oder Innehabung, z. B. Faustpfandrecht oder Nießbrauch, hatte,[1] ferner wenn ihm eine nicht willkürlich widerrufbare Konzession des Besitzes seitens des Eigentümers erteilt war, z. B. auf Grund eines suspensiv bedingten Veräußerungsgeschäftes für die Zeit des Schwebens der Bedingung.[2]

II. Auch wegen Verwendungen, die er auf das fremde Objekt machte, kann dem Besitzer ein Rückhaltungsrecht zustehen.[3 4]

---

16) l. 62 § 1 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 6 quaestionum: Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animdaverti debere, non an malae fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. quam sententiam Julianus quoque probat. Vgl. l. 4 C. unde vi 8, 4. Savigny Bd. 6 § 217 behauptet, der bösgläubige Besitzer habe nur die Früchte zu ersetzen, wegen deren Vernachlässigung ihn ein Vorwurf treffe. — Vgl. hiergegen Wächter, Erört. Heft 3 S. 133, Vangerow Bd. 1 § 333 II 1 c, Windscheid Bd. 1 § 124 Anm. 6. Allerdings äußern einige Stellen, der malae fidei possessor hafte für das, was er „percepit aut percipere poterat", so namentlich l. 5 C. de rei vind. 3, 32. Dabei ist aber an Fälle gedacht, in denen der Kläger nicht mehr aus der Sache hätte ziehen können als der Beklagte. Konnte der Kläger höheren Gewinn erzielen als der Beklagte, so hat dieser den Ersatz um deswillen zu leisten, weil ihn die Schuld an dem klägerischen Verlust dadurch trifft, daß er die Sache nicht rechtzeitig herausgab.

17) l. 2, l. 5 pr. D. de in litem jurando 12, 3. Ein solches Recht besteht nicht mehr; es unterliegt dem richterlichen Ermessen, ob dem Beweisführer die eidliche Taxation des Interesses zu gestatten ist. ZPO. § 287.

1) Nach der nov. 18 cap. 10 durfte sich der Beklagte, welcher das Eigentumsrecht des Klägers bestritten und diesen hierdurch zum Beweise genötigt hatte, nicht hinterher in demselben Prozesse auf ein vom Kläger herkommendes dingliches Recht, z. B. ein Pfandrecht, berufen. Er mußte vielmehr die Sache herausgeben und sein angebliches dingliches Recht klagend verfolgen, Windscheid Bd. 1 § 197 Anm. 1. Diese prozeßrechtliche Vorschrift ist durch das Einführungsgesetz zur ZPO. § 14 außer Kraft gesetzt.

2) l. 7 § 3 a. E. D. de jure dotium 23, 3. Nach heutigem Rechte unterliegt auch der Mieter und Pächter, solange er kontraktmäßig in der Mietsache ist, nicht der Vindikation des Vermieters. Vgl. Ziebarth, Obligation und Realexekution S. 40. Der Satz entspricht freilich nicht dem reinen römischen Rechte.

3) W. Sell in Sells Jahrbüchern Bd. 3 n. 8 und 9; Leist, zivil. Studien Heft 2 S. 11 ff.; Pernice, Labeo Bd. 2 Aufl. 2 S. 382 ff.; Petražycki, Einkommen Bd. 1 S. 291 ff., S. 150 ff. — Die Impensenansprüche des Besitzers einer Erbschaft wurden im entwickelten römischen Rechte anders gestaltet, als die des Besitzers einer einzelnen Sache. — Es muß sich nicht notwendig um körperliche Veränderungen der Sache handeln; auch Vermessungen, Pläne, Kostenanschläge können hierher gehören; Leist, Studien Heft 2 S. 25.

4) l. 48 D. de rei vind. 6, 1, abgedruckt unten Anm. 12. Es ergibt sich hieraus, daß diese Gegenansprüche nicht vor der Kaiserzeit Anerkennung fanden.

1. Hinsichtlich der Verwendungen unterscheidet man:

a) notwendige — necessariae — welche die ordentliche Bewirtschaftung der Sache mit sich bringt, z. B. zur Erhaltung beschädigter Gebäude oder Dämme, zur Neuerrichtung für die Wirtschaft erforderlicher Scheunen oder durch Änderung des Stromlaufs notwendig werdender Dämme.[5]

b) Nützliche — utiles, Meliorationen — welche, der Steigerung des Einkommens[6] oder Erhöhung des Verkaufswertes der Sache dienen, z. B. Erbauung von Mietshäusern oder Errichtung einer Zuckerfabrik auf einem Landgut.[7]

c) Luxusausgaben — voluptuariae — ohne wirtschaftlichen Nutzen.[8]

2. Jedem Besitzer, dem unredlichen wie dem redlichen, sind die von ihm gemachten notwendigen Verwendungen zu ersetzen.[9]

Erstattung nützlicher Auslagen kann der redliche Besitzer in der Regel fordern, soweit sie den Wert der Sache noch zur Zeit ihrer Herausgabe erhöhen, jedoch nie über den aufgewendeten Betrag hinaus.[10]

Bezahlung von Luxusausgaben kann auch der redliche Besitzer dem Eigentümer nicht zumuten.

---

5) So Petražycki a. a. O. Die hergebrachte Definition bezeichnet nach l. 79 pr. D. de V. S. 50, 16 als notwendige Verwendungen, die „zur Erhaltung" der Sache unentbehrlichen. Mit Recht führt aber Petražycki aus, daß einerseits auch neue Anlagen, welche durch die ordentliche Bewirtschaftung eines Gutes gefordert sind, notwendige bilden, vgl. l. 1 § 3 D. de inpensis 25, 1 „pistrinum vel horreum necessario factum", l. 7 § 16 D. sol. matr. 24, 3 „si novam villam necessario exstruxit", und daß andererseits Aufwendungen zur Erhaltung überflüssiger Sachen nichts weniger als notwendig sind l. 9 (10) § 1 D. de neg. gest. 3, 5.

6) Ulp. fragm. VI § 16, l. 5 § 3, l 6 D. de inpensis 25, 1.

7) l. 10 D. de inpensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

8) l. 7 D. de inpensis 25, 1, l. 79 § 2 D. de V. S. 50, 16.

9) Der Dieb aber hat keinerlei Ersatzansprüche, l. 13 D. de cond furtiva 13, 1, l. 1 C. de infant. expos. 8, 51. Der Dieb, welcher das reife Getreide eines anderen für sich abmäht und drischt, kann also, ertappt, nicht „Tagelohn" als Verwendung fordern. Anderen bösgläubigen Besitzern werden notwendige Verwendungen ersetzt nach l. 5 C. de rei vind. 3, 32 von Gordian, vgl. übrigens l. 38 D. de her. pet. 5, 3. Nach BGB. § 994 werden notwendige Verwendungen, die von einem bösgläubigen Besitzer oder nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit vorgenommen werden, nur nach den Vorschriften über die negotiorum gestio ersetzt. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 123 S. 360.

10) Celsus libro 3 digestorum l. 38 D. de rei vind. 6, 1. In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es. Ebenso BGB. § 996, doch unter Beschränkung auf die vor der Rechtshängigkeit gemachten Aufwendungen. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht a. a. O.

Verwendungen, für die er keinen Ersatz erhält, darf jeder Besitzer wegnehmen, sofern er die Sache wieder in den früheren Stand versetzt — jus tollendi. Nicht gestattet ist aber die Wegnahme, wenn sie ohne jeden pekuniären Nutzen ist.[11]

Der redliche Besitzer muß sich den ihm zugefallenen Fruchtnutzen auf seine Forderungen wegen Verwendungen anrechnen lassen.[12]

Die periodisch wiederkehrenden sog. laufenden Ausgaben, insbesondere die unmittelbaren Kosten der Fruchtbestellung, mindern den Fruchtertrag. Sie fallen daher stets demjenigen zur Last, welchem die Früchte zukommen.[13]

3. In der Regel kann der Rechtsnachfolger auch alle Verwendungen in Rechnung stellen, welche seine Rechtsvorgänger auf den Klagegegenstand machten, da er sie von diesen gewissermaßen mit erworben hat.[14]

4. Die Tatsache der Verwendung erzeugt nur das Recht, die Sache, auf welche sie geschah, — mittels sog. exceptio doli generalis[15] — zurückzuhalten.[16] Eine Klage auf Ersatz von Verwendungen bedarf eines besonderen Rechtsgrundes.[17]

§ 191. Die publizianische Klage.[1]

I. Die publizianische Klage soll redlichen titulierten Erwerbern den Besitz im Falle des Verlustes zurückverschaffen. Sie ist der Eigentumsklage nachgebildet. Doch greift sie nicht, wie diese, jedermann gegenüber durch, führt vielmehr nur gegen minderberechtigte Besitzer zum Siege.[2]

---

11) l. 37 D. de rei vind. 6, 1. — Vgl. hierüber Pernice, Labeo Bd. 2 Aufl. 2 S. 384 und die oben Anm. 10 abgedruckte l. 38 D. eod. Ebenso BGB. § 997.

12) l. 48 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 2 responsorum: Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

13) Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 151, l. 46 D. de usuris 22, 1, l. 7 pr. D. soluto matrim. 24, 3, l. 3 § 1, l. 16 D. de inpensis 25, 1, l. 1 C. de fructibus 7, 51, l. 6 § 3 D. de operis serv. 7, 7.

14) Ebenso BGB. § 999.

15) Vgl. oben § 118 S. 248.

16) l. 48 D. de rei vind. 6, 1 — oben Anm. 12 —, l. 33 D. de cond. indebiti 12, 6, l. 14 D. de doli mali exc. 44, 4, l. 14 § 1 D. comm. div. 10, 3 — anders in l. 5 § 2 D. de inpensis 25, 1. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 422 Anm. 7.

17) Anders BGB. § 1002, doch mit kurzer Befristung für die Klage auf Ersatz der Verwendungen; vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 S. 362.

1) Tit. Dig. de Publiciana in rem actione 6, 2, Erman in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 12. Deurer, Schutz des relativ besseren Rechts in Iherings Jahrb. Bd. 1 n. 5, Carusi, l'azione Publiciana in diritto Romano 1889, siehe auch oben § 118 S. 237 ff.

2) Die publizianische Klage ist nach BGB. § 1007 ersetzt durch den Anspruch aus früherem Besitz einer beweglichen Sache zugunsten gutgläubiger Besitzer, welche den Besitz unfreiwillig verloren haben, also nicht bloß der Eigenbesitzer, sondern auch von Mietern, Findern. Titel ist nicht erforderlich. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 S. 124.

Es liegt ihr der Gedanke zugrunde, daß der gutgläubige titulierte Erwerber, auch wenn er nicht Eigentümer wird, dennoch ein dingliches Recht von relativer Kraft bezüglich der Sache hat.[3]

Die publizianische Klage stützte sich auf eine Fiktion. Man fingierte nämlich, daß der Kläger die eingeklagte Sache während der vollen Ersitzungszeit besessen habe. Lagen die anderen Voraussetzungen der Ersitzung vor, so sollte er schon jetzt, trotzdem die Ersitzungszeit noch nicht abgelaufen war, wie ein Eigentümer behandelt werden.[4] Die Beziehung auf die Ersitzung gab dem Anspruche des gutgläubigen Erwerbers Form und Gestalt. Aber sie legte seiner Entwicklung auch Fesseln an und brachte etwas Fremdes in das Institut.

II. Die Voraussetzungen der Klage waren folgende:

1. Ein *Erwerbstitel* seitens des Klägers. Man ging vom Kaufe aus.[5] Andere Eigentumserwerbsgründe wurden gleichgestellt.[6] Auch bloße Putativtitel genügten wie bei der Ersitzung.[7]

2. *Besitzerwerb und Besitzverlust.*

In gewissen Fällen gab man publizianische Klagen Berechtigten, die niemals selbst im Besitze gewesen waren.[8]

3. *Guter Glaube* zur Zeit des Kaufes und des Besitzerwerbes.[9] Bei Titeln anderer Art muß Redlichkeit zur Zeit des Besitzerwerbes genügen.[10]

---

3) Vgl. oben § 157.

4) Vgl. oben S. 238. Die Klageformel lautete: si quem hominem As As emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure quiritium esse oporteret, si is homo Ao Ao arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam c. s. n. p. a. Gaj. Inst. IV. § 36. Lenel, edictum Aufl. 1 S. 131. Anders Carusi a. a. O. cap. I, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 139 S. 1208, Seeler, in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 21 S. 58. Vgl. § 4 J. de act. 4, 6. Über das Edikt siehe oben § 156 Anm. 8.

5) Vgl. die in Anm. 4 enthaltene Klageformel. Nach Regulierung des Kaufpreises wurde nicht gefragt, l. 8 D. de Publ. in rem act. 6, 2.

6) l. 3 § 1, l. 13 pr. § 1 D. h. t. 6, 2.

7) l. 5 D. h. t. 6, 2. Ulpian erachtet in l. 7 § 2 D. h. t. 6, 2 Kauf von einem Wahnsinnigen für genügend, Paulus verwirft in der l. 2 § 16 D. pro emptore 41, 4 die Publiciana auf Grund eines solchen Kaufes. Vom Standpunkte der justinianischen Kompilation läßt sich die Antinomie durch die Annahme lösen, daß die letztere Stelle dem Käufer die actio Publiciana nur *gegen seinen Autor* versage, weil er wegen der Nichtigkeit des Kaufgeschäftes der exceptio dominii desselben keine replicatio rei venditae et traditae entgegenstellen könne. So schon die Glosse ergo zu l. 7 § 2 D. h. t. — Landsberg, Glosse S. 176 — und viele Neuere, z. B. Vangerow Bd. 1 § 335 S. 667, Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 5; siehe dort weitere Literatur.

8) Das publizianische Edikt und die Formel der publizianischen Klage forderten *Tradition* an den Kläger, und die römische Jurisprudenz bezeichnet als regelmäßige Klagebedingung „*Besitzverlust*", Gaj. Inst. IV § 36, § 4 J. de act. 4, 6, l. 6, l. 9 § 6, l. 12 § 7, l. 13 pr. D. h. t. 6, 2. Manche erachten Besitzerwerb und Besitzverlust nicht als wesentliche Voraussetzung, so namentlich Windscheid Bd. 1 § 199 Ziff. 2.

9) Das Edikt verlangte bona fides zur Zeit des Kaufes, l. 7 § 11 D. h. t., die Interpretation auch Redlichkeit zur Zeit der Tradition, l. 7 §§ 14 ff. D. h. t.

10) Nach römischem Rechte schadet mala fides superveniens nicht, l. 7 § 12 D. h. t. Über die l. 11 § 3 D. h. t. siehe Vangerow Bd. 1 § 335 1 d. Da nach kano-

4. Die Sache muß ersitzungsfähig sein.[11]

Dies ist Folge der Anlehnung der Klage an die Ersitzung. Innere Gründe sprechen freilich nicht für eine derartige Beschränkung der publizianischen Klage.[12]

III. Die publizianische Klage greift in der Regel dem Eigentümer gegenüber nicht durch. Diesem steht vielmehr die exceptio dominii zur Seite.[13] Es gibt jedoch Fälle, in welchen diese Einrede durch eine Replikation überwunden werden kann.[14]

Auch gegenüber publizianischen Besitzern kann die publizianische Klage nur dann mit Erfolg durchgesetzt werden, wenn Kläger und Beklagter von demselben Autor erworben haben und wenn dem Kläger zuerst tradiert wurde.[15]

---

nischem Recht die Ersitzung Redlichkeit während des ganzen Laufes der Ersitzungszeit erfordert, so verlangen manche Schriftsteller auch für die publizianische Klage Fortdauer des redlichen Besitzes. Jedoch mit Unrecht; die Beziehungen der publizianischen Klage zur Ersitzung sind vorzugsweise historische, so daß die Weiterentwicklung der Ersitzung keineswegs unmittelbar auch eine Veränderung in den Voraussetzungen der publizianischen Klage nach sich ziehen mußte. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 8, die hier verteidigte Vangerow Bd. 1 § 335 II 1 d, Brinz Bd. 1 S. 721. BGB. § 1007 Abs. 3 hat sich der hier vertretenen Ansicht angeschlossen.

11) l. 9 § 5 D. h. t., siehe ferner l. 12 § 4 D. h. t. Die l. 12 § 2 D. h. t. spricht von der Publiciana des Emphyteuta.

12) Daher ist diese Beschränkung Streitfrage, aber freilich vom Standpunkte der justinianischen Legislation kaum bestreitbar. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 335 II b, aber auch Brinz Bd. 1 S. 176, Carusi a. a. O. S. 131.

13) l. 16, l. 17 D. h. t. 6, 2. Ebenso BGB. § 1007 Abs. 2. — Berufung auf Eigentum eines Dritten ist unzulässig.

14) Vgl. oben § 179 über die replicatio rei venditae et traditae. Noch andere Repliken sind zulässig, z. B. die replicatio rei judicatae. Ein Fall, in welchem der Beklagte mit der exceptio dominii nicht durchdrang, findet sich in der l. 57 D. mandati 17, 1; hier erhielt der Sklavenhändler wegen Abwesenheit Restitution gegen die Ersitzung seiner Sklaven. Über diese vielbesprochene Stelle vgl. Vangerow Bd. 1 § 335 II 2 a, Brinz Bd. 1 S. 722, Erman in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 13 S. 181 und la Publicienne S. 14.

15) Über den Fall, daß Kläger und Beklagter von verschiedenen Nichteigentümern publizianischen Besitz erhielten, waren die römischen Juristen nicht einig. Nach der einen Ansicht geht auch hier derjenige publizianisch Berechtigte vor, welcher zuerst den Besitz erhielt. Neratius libro 3 membranarum l. 31 § 2 D. de a. e. v. 19, 1: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. Neratius faßte die Stellung des publizianischen Erwerbers bereits als ein Recht an der Sache auf und zog hieraus den Schluß, daß dem älteren Rechte, d. h. dem durch die frühere Tradition begründeten, der Vorzug zu geben sei. Julian und Ulpian aber vertraten die entgegengesetzte Auffassung. Ulpianus libro 16 ad edictum l. 9 § 4 D. h. t. 6, 2: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit — d. h. welcher nur zuerst gekauft hat. — et Julianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerit, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est. Die letztere Ansicht teilte Paulus libro 14 ad Plautium l. 14 D. qui potiores 20, 4: Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non do-

IV. Die publizianische Klage bezweckt Anerkennung des besseren Rechtes des Klägers und Verurteilung des Beklagten zu allem, was er bei der Eigentumsklage zu leisten hätte. Andererseits können der publizianischen Klage dieselben Gegenansprüche wie der Eigentumsklage entgegengestellt werden.[16]

V. Die publizianische Klage kann auch dem Eigentümer der Sache dienen, indem er sich auf seinen redlichen Erwerb stützt, ohne dessen Rechtmäßigkeit darzutun.[17] Damit überwindet er aber natürlich nur solche Besitzer, welche ihm auch nachstünden, wenn er bloß publizianisch berechtigt wäre. Publizianischen Besitzern gegenüber muß er in der Regel auf sein Eigentumsrecht zurückgreifen.

II. Persönliche Klagen.

§ 192. a) Die Grenzscheidungsklage.

Zum Schutze seines Rechtes hat der Eigentümer außer den dinglichen zahlreiche persönliche Klagen teils gegen Nachbarn, teils gegen andere, die seine Sache bedrohen oder antasten.

Aus dem Nachbarverhältnis entspringt die Grenzscheidungsklage — actio finium regundorum.[1] [2] Sie nimmt den Landstrich bis zur be-

---

minis pignus accipiamus, possessor melior sit. Sie ist also die Ansicht der späteren Jurisprudenz, welche überhaupt vorzugsweise Julian folgte, und diejenige der justinianischen Kompilation. Besonders zweifelhaft ist die Frage, wenn die beiden Prätendenten gegen einen schlechteren Besitzer gleichzeitig mit der publizianischen Klage auftreten. Savigny Bd. 7 S. 308 not. m. gibt hier dem älteren Erwerber den Vorzug. Folgerecht ist dies nicht. Vielmehr muß die Prävention der Klage entscheiden, wenn die Klagen beider Prätendenten in einem Verfahren behandelt werden. Sind die Klagen unabhängig voneinander angestellt, so hat die Oberhand, wer zuerst die Exekution durchsetzt. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 335 II 2b, Windscheid Bd. 1 § 199 Anm. 13. Nach BGB. § 1007 kann der gutgläubige Besitzer mit der Klage aus älterem Besitze dann belangt werden, wenn die Sache dem Kläger gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist.

16) l. 7 § 8 D. h. t. 6, 2 vgl. Gaj. Inst. IV § 36.

17) Vgl. Jeß in Jherings Jahrb. Bd. 14 n. 4, Huschke, Publ. Klage 1874 S. 29 ff., Appleton in dem § 156 Anm. 1 angef. Buche, Audibert nouv. revue hist. 1890 p. 288 Erman, la Publicienne p. 16. Anders Schulin, über einige Anwendungsfälle der Publiciana 1873.

1) Tit. Dig. finium regundorum 10, 1. Puchta, kleine zivilistische Schriften n. 21; Wiederholt in Lindes Zeitschr. Bd. 13 n. 3; Sternberg, ebendaselbst Bd. 17 n. 13; Hoffmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 31 n. 16 und Bd. 35 n. 10; Rönnberg im Archiv für bürg. Recht Bd. 11 S. 119; Hoeniger, die Grenzstreitigkeiten 1901. — Über die Geschichte der actio finium regundorum haben eingehende Untersuchungen angestellt: Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 10 n. 7 und in den Schriften der römischen Feldmesser Bd. 2 S. 433, sowie Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Zivilprozesses S. 134; vgl. auch Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 235, Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 459. — Das altrömische Recht unterschied den Streit de fine und de loco. Ein Streit „de fine“ lag vor, wenn es sich höchstens um die Breite von 5 Fuß, „de loco“, wenn es sich um eine größere Fläche handelte. Die actio finium regundorum betraf ursprünglich — darin hat Karlowa offenbar Recht — nur einen Streit um den finis, d. h. um eine Breite von höchstens 5 Fuß. Der Streit um größere Flächen war daher ursprünglich im Wege der Vindikation auszukämpfen. Dies bezeugt bestimmt Frontinus de controv. agrorum I 44, 4. Aber schon in der

haupteten Grenze als Eigentum des Klägers in Anspruch und steht hiernach an Stelle der Vindikation.[3] Aber ihr Hauptzweck ist der Grenzfrieden unter den Nachbarn. Sie hat also eine persönliche Richtung und ist actio in personam.[4] Nach diesem Zwecke bestimmt sich das Einzelne.

1. Die Klage setzt einen Grenzstreit voraus. Der ruhige Besitz der Grenze muß tatsächlich oder wörtlich in Frage gestellt sein.

Stehen auf den Nachbargrundstücken Gebäude, die durch Grenzmauern geschieden sind, so findet die Grenzscheidungsklage nicht statt. Denn die Grenzmauer stellt eine feste Grenze und deren sicheren Besitz her. Eine etwaige Regulierung wird mittels der Eigentumsklage erreicht.[5]

Zwischen Besitzungen, die ein öffentlicher Fluß oder ein öffentlicher Weg scheidet, ist die Grenzscheidungsklage nicht zulässig, weil sie nicht aneinander grenzen.[6] Verschiebung des Weges auf das Nachbargrundstück berechtigt aber den Benachteiligten, Schadensersatz — mit der actio viae rejectae — zu fordern.[7]

2. Legitimiert zur Erhebung der Grenzscheidungsklage ist der Eigentümer eines der zusammengrenzenden Grundstücke, auch dann, wenn er im Besitze des streitigen Grenzstreifens ist, denn er hat auch in diesem Falle ein Interesse am Grenzfrieden. Beklagter ist der Eigentümer des Nachbargrundstückes. Miteigentümer müssen zusammen klagen[8] und zusammen verklagt werden, da sonst die Sicherung der Grenze nicht zu erreichen wäre. Die Entscheidung unter den Eigentümern macht — außer in Fällen hinterlistigen Zusammenwirkens der Prozeßparteien, sog. Kollusion — Rechtskraft für und gegen die an den Grenzgrundstücken dinglich Berechtigten, auch

---

klassischen Kaiserzeit hielt man dies sicher nicht fest, gab vielmehr auch wegen des locus Grenzscheidungsklagen, vgl. l. 60 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi . . . locus vero latere potest, quatenus determinetur et definiatur, l. 4. pr. l. 7, l. 8 pr. D. fin. reg. 10, 1. Vieles ist in der geschichtlichen Entwicklung unaufgeklärt.

2) BGB. §§ 919 ff. unterscheidet ein Verfahren zur Wiederherstellung verdunkelter Grenzen und ein Grenzscheidungsverfahren, wenn die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 87 S. 249.

3) l. 1 D. finium regundorum 10, 1. Paulus libro 23 ad edictum: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

4) l. 1 D. h. t. 10, 1.

5) Regelmäßig werden praedia rustica, d. h. Plätze gefordert, auf denen keine Gebäude stehen, l. 2 pr., l. 4 § 10 D. h. t. Daß aber die Grenzscheidungsklage auch stattfindet, wenn jemand mit einem Gebäude die Grenze des ländlichen Nachbargrundstückes überschreitet, besagt l. 2 pr. cit. ausdrücklich. Aus der l. 4 § 10 D. cit. geht hervor, daß man die Grenzscheidungsklage nur ausschloß, wo Gebäude durch Grenzmauern begrenzt sind. Vgl. Puchta a. a. O. S. 350, Seuffert Archiv Bd. 51 n. 97.

6) l. 4 § 11, l. 5, l. 6 D. h. t. 10, 1.

7) l. 3 pr. D, de via publica 43, 11. Bestand eine eigene Klage oder handelt es sich nur um eine a. legis Aquiliae utilis? Setzt die Klage also Verschuldung voraus? Findet sie auch statt, wenn der Herüberdrängende kein Nachbar ist? Für eine bloße Aquilische Klage Ubbelohde bei Glück Bücher 43 und 44 T. 4 S. 321. Es ist eine selbständige Klage aus dem römischen Bauernrecht anzunehmen.

8) arg. l. 4 § 7 D. h. t.

wenn diese am Prozesse nicht teilnahmen; denn das Urteil wird für und gegen das Grundstück gefällt.[9]

Auch dinglich Berechtigte, insbesondere Superfiziar, Emphyteuta, Nutznießer können den Umfang ihres Rechtes durch die Grenzscheidungsklage feststellen lassen.[10] Die Entscheidung in solchem Prozesse kann jedoch dem Eigentümer weder nützen noch schaden.[11]

Redlichen Besitzern ist die Klage gleichfalls zu gewähren, und Besitzer jeder Art können verklagt werden;[12] aber auch solche Prozesse erstrecken ihre Rechtskraft nicht über die Prozeßparteien.

3. Die Grenzscheidungsklage ist actio duplex.[13] Der Richter hat daher nicht bloß unbegründete Anträge des Klägers abzuweisen; vielmehr muß er den vom Beklagten behaupteten Grenzzug, wenn er ihn richtig findet, anerkennen. Denn die Beseitigung der Unsicherheit der Grenze liegt im allgemeinen Interesse.

4. Für die Festsetzung der Grenze ist in erster Linie das Eigentum maßgebend; dasselbe kann sich auf außerordentliche Ersitzung stützen.[14] In zweiter Linie entscheidet ruhiger Besitz.[15] Bestand auch solcher nicht, so ist der streitige Grenzstreifen wie gemeinsames Land zu behandeln und unter die Nachbarn zu teilen.[16]

Die ermittelte bisherige Grenze kann unzweckmäßig sein. Sie wird z. B. durch einen Bach gebildet, der seinen Lauf fortwährend verändert. Dann hat der Richter, um den Frieden unter den Nachbarn dauernd herzustellen, eine passendere Grenze zu schaffen.[17] Wer hierdurch Land verliert, ist natürlich zu entschädigen.

5. Das Erkenntnis hat die Grenze festzustellen. Es hat ferner anzuordnen, daß sie äußerlich markiert werde,[18] es sei denn, daß bereits

9) l. 4 § 5 D. h. t. 10, 1 „magis fundo quam personis adjudicari fines intelleguntur". Doch ist klar, daß die Entscheidung den dinglich Berechtigten nicht präjudiziert, wenn sie auf Rechtsgeschäften beruht, welche die Eigentümer nach Begründung des dinglichen Rechtes, z. B. des Pfandrechtes, abgeschlossen und durch welche sie einen Teil des Grenzlandes abtraten. Vgl. l. 21 D. quae in fraudem 42, 8.

10) l. 4 § 9 D. h. t. 10, 1.

11) Anderer Ansicht Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 397, weil die Grenze nichts Relatives, nur zwischen Personen Bestehendes, sondern eine für alle geltende Eigenschaft des Grundstückes sei. So auch Brinz Bd. 1 § 177. Aber die dinglich Berechtigten können nur als legitimiert gelten, über die Grenze ihres Rechtes, nicht über die des Grundstückes zu streiten.

12) Die Quellen sprechen sich freilich über diese Fragen nicht aus.

13) l. 37 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

14) Vgl. oben § 183 Ziff. 2 d. Hat Kläger die streitige Fläche früher vindiziert und wurde er abgewiesen, so steht ihm die Einrede rechtskräftiger Entscheidung in der Grenzscheidungsklage insoweit entgegen, als er sich auf Eigentum stützt.

15) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen, l. 2 D. uti possidetis 43, 17. Die alten Grenzzeichen sind deshalb von Bedeutung, l. 11 D. h. t., weil sie in der Regel den Besitz dartun. Vgl. BGB. § 920.

16) l. 2 § 1 D. h. t. 10, 1. Ebenso BGB. § 920.

17) § 6 J. de officio judicis 4, 17. Nach BGB. gilt dies nicht.

18) l. 8 pr. D. h. t. 10, 1. Besteht kein eigentlicher Grenzstreit, sind aber die Grenzzeichen, z. B. durch eine Überschwemmung oder durch Alter schadhaft geworden, und einigen sich die Parteien über deren Herstellung nicht, so kann jeder Teil eine

Grenzzeichen stehen, welche das Erkenntnis gegenüber Bestreitung als die richtigen anerkennt.

Auch Geldansprüche können vorgebracht werden, namentlich wegen der seit dem Prozeßbeginne von unserem Grenzstücke gewonnenen Erträge. Ersatz der vom bösgläubigen Nachbarn vor dem Prozesse gezogenen Früchte ist in besonderem Verfahren zu fordern.[19]

§ 193. b) Cautio damni infecti.[1]

Gegen *drohenden* Schaden, dessen Ersatz sonst nicht zu beanspruchen wäre, kann man sich durch cautio damni infecti sichern[2] einmal wegen *Anlagen*, die auf dem Nachbargrundstücke bereits *bestehen*, und ferner wegen *Unternehmungen*, die in einem Grundstücke erst *geplant* werden.

Der Anspruch auf Kaution ist ein subsidiäres Rechtsmittel.[3]

1. Hauptfall des Schutzes wegen bestehender Anlagen ist die Kaution gegen drohenden *Einsturz von Nachbargebäuden*.[4] Sie kann aber auch wegen anderer baufälliger Anlagen, z. B. Dämme, Terrassen, sowie gegen das Überstürzen schadhafter Bäume gefordert werden.[5]

Die Kaution ist nicht für solche Fälle bestimmt, in welchen den Nachbar eine *Schuld* trifft; sie greift auch nicht ein, wo der Schaden in *reinem Zufall* seinen Grund hat. Es handelt sich um ein Mittleres.

Ist der Nachbar nämlich in Schuld, so liegt ihm ohne weiteres voller Schadensersatz nach der lex Aquilia ob. So namentlich dann, wenn ein Gebäude, welches mit seinem Wissen und Willen auf seinem Grundstücke den Kunstregeln zuwider erbaut wurde, durch Einsturz auf dem Nachbargrundstücke Schaden anrichtet. Hat andererseits ein *bloßer Zufall* Schaden verursacht, z. B. ein Erdbeben Häuser niedergestürzt oder ein Orkan Bäume umgeworfen, so kommt für solches Unglück niemand dem Beschädigten auf, selbst dann nicht, wenn ihm eine cautio damni infecti gestellt ist.[6]

---

gerichtliche Anordnung über deren Erneuerung auf gemeinsame Kosten verlangen. Dies ergibt die Natur der Sache und entspricht der Praxis. Wiederhold a. a. O. Bd. 13 S. 44 sieht mit Unrecht in solchem Verfahren das Wesen der römischen actio finium regundorum; dagegen Sternberg a. a. O. Vgl. nunmehr BGB. § 919.

19) l. 4 § 2 D. h. t. 10, 1.

1) Tit. Dig. de damno infecto 39, 2. Eine erschöpfende Monographie lieferte Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Teil 2 1875. Dort findet sich S. 1 Anm. 1 die ältere Literatur, ferner Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 143 S. 1239. Vgl. oben § 134, II.

2) Das Edikt siehe in l. 7 pr. D. h. t. 39, 2 und bei Lenel, edictum Aufl. 1 S. 299.

3) l. 18 § 9, l. 32 D. h. t. 39, 2; Burckhard a. a. O. S. 251 ff., RG. Bd. 30 S. 114.

4) l. 7 §§ 1 und 2 D. h. t.; Burckhard a. a. O. S. 34.

5) l. 24 § 9 D. h. t. 39, 2.

6) l. 24 §§ 3, 4 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 81 ad edictum: Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod injuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit. § 4. Servius quoque putat si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae

Die Kaution gibt ihren Schutz also bloß in Fällen, in welchen der Schaden durch zweckentsprechendes Tun oder angemessenes Unterlassen des Nachbarn verhütet werden kann.[7]

Sie sichert nur gegen Gefährdungen durch Anlagen. Es macht aber keinen Unterschied, ob der Schaden in fehlerhaftem Baugrund oder in schadhaftem Bau seine Ursache hat.[8]

Die Leistung der Kaution wird nicht direkt erzwungen. Dem Kautionspflichtigen ist nur die Alternative gestellt „cavere" oder „carere", d. h. entweder die Kaution zu leisten oder sein Grundstück zu verlieren.[9] [10]

2. Die Kautionspflicht hat ferner, wer ein Unternehmen — opus — plant, zu dem er an sich berechtigt ist, das aber durch seine Ausführung dem Grundstücke eines anderen Schaden bringen kann.[11]

Solche Fälle liegen vor, wenn jemand ein fremdes Grundstück betreten will, um sein Eigentum von dort wegzunehmen, z. B. durch Überschwemmung übergeführte Erde oder übergefallene Früchte,[12] ferner, wenn man auf seinem Grundstücke oder auf öffentlichem Boden Anlagen beabsichtigt, die einen anderen bedrohen,[13] z. B. Steinbrüche, die das Nachbargrundstück unterhöhlen und hierdurch dessen Einsturz herbeiführen können.[14]

---

damnum vicino dederint, ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam, vgl. l. 24 § 9 eod.

7) l. 24 § 8 D. h. t. 39, 2. Cassius quoque scribit, quod contra ea damnum datum est, cui nulla ope occurri poterit, stipulationem non tenere. RG. Bd. 35 S. 151.

8) Kaution kann nicht gefordert werden, wenn nicht eine Anlage, sondern das Grundstück selbst nach seiner natürlichen Bodenbeschaffenheit mit Schaden droht, z. B. einen Erdrutsch in Aussicht stellt, l. 24 § 2 D. h. t. Ulpianus libro 81 ad edictum . . . vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit: denique nemo dixit palustris loci vel harenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est. — Nicht im Widerspruche steht l. 38 § 1 D. h. t., wo ein Gegensatz zwischen „agri" und „aedificii" vitium gemacht wird. Denn hierbei kann sehr wohl an Dämme, Terrassen, Bäume gedacht sein. So Burckhard a. a. O. S. 146 ff., dagegen freilich Brinz Bd. 1 S. 672, Karlowa S. 1245.

9) l. 9 pr. D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum . . . unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere quas non defendit.

10) Nach BGB. § 836 ist der Grundstücksbesitzer zum Ersatz des Schadens infolge fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung eines Baues oder eines anderen Werks auf einem Grundstück verpflichtet. Nach § 908 kann der Eigentümer des Nachbargrundstücks auch fordern, daß der Besitzer, welcher für jenen Schaden verantwortlich sein würde, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln treffe. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 398 2. Abt. S. 654.

11) Man spricht hier von vitium operis im Gegensatze zum vitium aedium, vgl. l. 19 § 1 D. h. t. 39, 2.

12) l. 9 § 1, l. 15 D. ad exhibendum 10, 4. Vgl. a. BGB. §§ 867, 1005.

13) Vgl. l. 3 §§ 11 D. de itinere 43, 19, l. 1 § 38 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 1 § 14 D. de cloacis 43, 23.

14) In der Regel freilich ist es gestattet, auf dem eigenen Grundstücke frei zu schalten, auch wenn hieraus einem Nachbargrundstücke Nachteil erwächst; vgl. oben § 162. Aber dies gilt — auch abgesehen von Immissionen — nicht unbeschränkt. Gegen Handlungen außergewöhnlicher Art, welche die Integrität eines Nachbargrundstückes mit besonderen Gefahren bedrohen, kann sich der Nachbar durch cautio schützen, l. 24 § 12 D. h. t. 39, 2 . . . si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur. Vgl. Burckhard a. a. O. S. 52, RG. Bd. 30 S. 114. Eine Erdaufschüttung aber, welche dem Nachbar Feuchtigkeit „in geringem Umfange" zuführt, rechtfertigt trotz RG. Bd. 15 S. 205 das Verlangen einer c. damni infecti nicht; dergleichen muß der Nachbar dulden.

Hier ist die Alternative: Unterlassen der Unternehmung oder Stellung der Kaution. Der Bedrohte kann das Unternehmen bis zur Leistung der Kaution verbieten und zwar genügt Privatverbot wenn etwas innerhalb des Grundstückes des Verbietenden vorgenommen werden soll; sonst bedarf es gerichtlichen Verbotes.[15]

§ 194. Fortsetzung. Gefährdung durch bestehende Anlagen.

Die Kaution wegen Gefährdung durch bestehende Anlagen ist besonders zu betrachten.

1. Wer ist berechtigt, die Kaution zu fordern? In erster Linie der Eigentümer des bedrohten Grundstückes;[1] außerdem sind es dinglich Berechtigte, insbesondere Superfiziare, Nießbraucher,[2] Pfandgläubiger,[3] endlich auch andere Personen, die ein Interesse an der Integrität des Grundstücks haben,[4] folgerecht auch gutgläubige Besitzer desselben.[5]

Da Gefahr im Verzuge ist, so muß die Kaution gestellt werden, selbst wenn bestritten wird, daß der Kläger zu ihrer Forderung legitimiert sei.[6] Er hatte nach römischem Rechte nur seine Angaben durch ein juramentum calumniae zu erhärten.[7] Ist aber der Zusammensturz der Anlage erfolgt, so hat der Kläger bei Forderung des Schadensersatzes aus der Kaution im Streitfalle nachzuweisen, daß eine rechtliche Legitimation bestand, die Leistung der Kaution zu verlangen.

2. Wer ist verpflichtet, die Kaution zu bestellen? Kautionspflichtig ist der Eigentümer der gefährdenden Anlage; er leistet die Sicherheit durch einfaches Versprechen — nuda repromissio.[8] Dritte können für ihn ein-

15) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 526.

1) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 275.

2) l. 13 § 8 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum: Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. l. 39 § 2 D. eod.

3) l. 11 D. h. t. 39, 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 392.

4) l. 18 pr. D. h. t. 39, 2. Paulus libro 48 ad edictum: Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est. Vgl. über einen Fall, in welchem der Käufer bereits vor der Tradition aus diesem Grunde ein Recht auf Kaution hat, l. 38 pr. D. h. t. — Auch Mieter und Bewohner des bedrohten Hauses haben ein Recht auf Kaution wegen ihrer eingebrachten Mobilien, l. 13 § 5 D. h. t. 39, 2. Ceterum — sagt Ulpianus libro 53 ad edictum l. 13 § 4 D. h. t. 39, 2 — neque ei qui in meo deambulet neque ei qui in meo lavet vel in mea taberna devertat, caveri debet.

5) Allerdings spricht sich für das Gegenteil Ulpianus libro 53 ad edictum unter Berufung auf Marcellus aus, l. 13 § 9 D. h. t.: Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere Marcellus ait, und ebenso l. 11 D. eod. Aber nach dem in Anm. 4 zitierten Satze von Paulus in l. 18 pr. D. h. t. ist auch dem gutgläubigen Erwerber der Kautionsanspruch nicht zu versagen. So Burckhard a. a. O. S. 306; Windscheid Bd. 2 § 459 Anm. 3, Karlowa a. a. O. S. 1248. Anderer Ansicht Vangerow Bd. 3 § 678 S. 553.

6) l. 13 § 3 D. h. t. 39, 2.

7) Dem heutigen Recht ist das fremd, an Stelle dessen hat der Kläger seine Legitimation dem Richter glaubhaft, d. h. wahrscheinlich zu machen. RG. Bd. 35 S. 122.

8) l. 9 §§ 4 und 5, l. 10 D. h. t. 39, 2. Miteigentümer sind nach ihren Eigentumsanteilen verpflichtet, l. 40 § 3, l. 27 D. h. t. 39, 2.

treten, wenn sie Bürgen stellen — satisdatio. Wie der Eigentümer wird der gutgläubige Besitzer behandelt.[9]

Kaution mit Bürgschaft müssen ferner leisten dinglich Berechtigte, insbesondere Superfiziare, Nießbraucher, Pfandgläubiger, sofern sie Kenntnis davon haben, daß der Eigentümer sich der Kautionsstellung entzieht.[10] Sonst fällt ihr Recht mit dem des Eigentümers dahin.

3. Das Versprechen geht auf Ersatz des vollen Interesses des Stipulanten für den Fall des Einsturzes.[11]

Die Kaution wird für eine gerichtlich festgestellte Zeit versprochen. Je nach Umständen ist die Frist später zu verlängern.[12]

4. Wurde die Kaution nicht gestellt, obgleich ihre Voraussetzungen vorhanden waren, so erteilte in Rom der Prätor dem Bedrohten eine Einweisung in das gefährdende Grundstück — sog. missio ex primo decreto.[13] Diese Verfügung gewährte das Recht, sich auf dem Grundstück aufzuhalten, es zu bewachen, ein prätorisches Pfandrecht und das Recht der Reparatur.[14] Schließlich überwies der Prätor dem Eingewiesenen, wenn dieser keine Kaution und keinen Ersatz seiner Reparaturkosten erhielt, durch sog. missio ex secundo decreto das Eigentum der gefährdenden Sache.[15] [16] [17]

5. Stürzte das schadendrohende Gebäude ein, nachdem die Kaution zwar noch nicht gestellt, aber gefordert war, so hatte der Beklagte schlechthin Schadensersatz zu leisten.[18] Stürzte es ein, ehe die Kaution begehrt

9) l. 13 pr. D. h. t. 39, 2.

10) l. 9 §§ 4 und 5, l. 10, l. 19 pr., l. 22 D. h. t. 39, 2.

11) l. 28, l. 29, l. 37 D. h. t.

12) l. 4 pr., l. 13 § 15, l. 14, l. 15 pr. § 1 D. h. t. 39, 2.

13) Die bezüglichen Ediktsworte lauteten l. 7 pr. D. h. t. 39, 2: Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo.

14) l. 15 § 30 D. h. t. 39, 2. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis damni infecti in possessionem missus sit, fulcire eum et reficere insulam debere sunt qui putent eamque culpam praestare exemplo ejus, qui pignori accepit. sed alio jure utimur: cum enim ob hoc tantum missus sit, ut vice cautionis in possessione sit, nihil ei imputari, si non refecerit.

15) l. 15 § 31 D. h. t. Nach klassischem Rechte erhielt der ex secundo decreto Immittierte nur Ersitzungsbesitz, l. 5 pr., l. 12, l. 15 §§ 16, 26, 27, l. 18 § 15 D. h. t. 39, 2. Er hatte indessen die Rechte des Eigentümers, das „possidere jure dominii", l. 7 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 15 § 33 D. h. t. 39, 2 — und ist nach justinianischem Rechte geradezu als Eigentümer zu bezeichnen.

16) Die Rechte dinglich Berechtigter gingen unter, wenn sie die Kaution nicht stellten, obgleich sie Kenntnis vom Begehren der Kaution gegenüber dem Eigentümer erhielten. Hatte der Nachbar den Emphyteuta zur Kautionsstellung aufgefordert, nicht aber den Grundeigentümer, so erfolgte Einweisung und Übertragung des emphyteutischen Rechtes. Die l. 15 § 26 D. h. t. 39, 2 spricht dies für den Emphyteuta aus; der Superfiziar ist gleichzustellen, da er auch ein eigentumsähnliches Recht besaß. Es ist aber unzulässig, daß der Bedrohte unter Übergehung des Grundeigentümers andere dinglich Berechtigte, insbesondere den Nießbraucher oder Pfandgläubiger zur Kautionsstellung auffordern konnte und, wenn diese sie verweigerten, Einweisung in die schadendrohende Sache und Übertragung ihres Rechtes erlangte; anderer Ansicht Windscheid Bd. 2 § 459 Anm. 27. Soll dies etwa auch gegenüber einem Hypothekar gelten? vgl. Burckhard S. 344, aber auch Karlowa S. 1249.

17) Der ZPO. sind derartige Missionen fremd. Daher klagte und verurteilte man schon in der gemeinrechtlichen Praxis meist einfach auf Stellung der Kaution — der Beklagte

war, so bestand kein Anspruch des Beschädigten.[19] Fiel ihm aber keine Nachlässigkeit zur Last, sondern war er z. B. durch Abwesenheit, Kürze der Zeit — verhindert, die Kaution zu begehren, oder war die Gefahr nicht erkennbar, so mußte der Nachbar entweder den Schaden ersetzen oder sein Gebäude abtreten.[20]

§ 195. c) Actio aquae pluviae arcendae.[1]

1. Der einzelne Grundbesitzer darf das Regenwasser von seinem Grundstücke nicht nach freiem Ermessen ableiten. Wäre jedem gestattet, beliebig Dämme aufzuschütten oder Gräben zu ziehen, um einseitig die Interessen seines Grundstückes zu fördern, so könnte dies Versumpfung oder Ruin der Nachbargrundstücke, ja Verpestung der ganzen Gegend zur Folge haben. Dem zu begegnen lag den Römern in Latium besonders nahe, da dieses nur durch intensiven Anbau und Regelung der Wasserläufe kulturfähig war.[2] Die Norm für den Abfluß des Regenwassers gab: die *natürliche Lage der Feldgrundstücke*, ferner das *Ortsrecht* — lex — und die *unvordenkliche Zeit*, welche künstliche Anlagen sanktionierte.[3]

Zur Abwehr des Schadens, welcher Feldgrundstücken[4] infolge vor-

---

kann aber die Verurteilung durch Überlassung der schadendrohenden Sache an den Kläger abwenden. Dies entspricht freilich den römischen Rechtssätzen nur approximativ. Mehr an das römische Recht schließt man sich an, wenn man verlangt, daß die Klage alternativ auf Kautionsleistung oder Eigentumsabtretung lautet und ebenso das Urteil. Hellmann, missio in possessionem in den Festgaben für Planck S. 270. Vgl. auch Ubbelohde bei Glück Buch 43 u. 44 T. 3 S. 232. Nach heutigem Recht kann im Wege der einstweiligen Verfügung Einweisung des Bedrohten behufs Vornahme der Reparaturen geschehen, sobald das Bedürfnis hervortritt. ZPO. § 940.

18) l. 15 § 28 D. h. t. 39, 2 spricht dies für den Fall aus, daß der Prätor de damna stipulatione deliberat.

19) l. 6 D. h. t. 39, 2.

20) l. 7 § 2 D. h. t. gemäß der Einschränkung in l. 8 — l. 9 pr. § 1 D. h. t. Auch im Falle der l. 9 cit. § 3 „si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit" liegt keine Nachlässigkeit der Beschädigten vor.

1) Tit. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 3. Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Teil 3. Dort findet sich S. 1 Anm. 1 die bisherige Literatur. BGB. überläßt die Materie den Landesgesetzen.

2) Schon die 12 Tafeln trafen Bestimmungen „si aqua pluvia nocet", l. 21 pr. D. de statuliberis 40, 7, vgl. Cic. Topica 9, 39, l. 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Burckhard a. a. O. S. 49. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 43 ff. über die Beziehung dieser Klage zum römischen Bewässerungsrechte.

3) l. 2 pr. D. h. t. 39, 3. Paulus libro 49 ad edictum: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas: quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa. l. 1 § 23 D. eod. Die lex war im Sinne des römischen Rechtes die bei Gründung der Kolonie getroffene Anordnung, vgl. Burckhard a. a. O. S. 355. In Deutschland stehen an Stelle dessen lokale Gewohnheiten, welchen die bei Separationen seitens der Auseinandersetzungsbehörden in bezug auf den Wasserabfluß getroffenen Anordnungen gleichzustellen sind.

4) l. 1 §§ 17, 20 D. h. t. 39, 3. Burckhard a. a. O. S. 258, vgl. auch Burckhard S. 275 ff. Wegen Anlagen in publico, d. h. auf Grundstücken des Staates, wurde in Rom die a. aquae pluviae nicht gegeben, l. 3 § 3, l. 18 pr. D. h. t., Burckhard S. 200. Dies ist nicht heutigen Rechtens, denn der Staat ist derzeit wie Private bezüglich seines Eigentumes verklagbar.

schriftswidriger Leitung des Regenwassers drohte, diente die actio aquae pluviae arcendae.[5] Sie hatte eine doppelte Richtung:

a) Sie schützte den Eigentümer des niedriger belegenen Grundstückes. Er trat mit ihr Anlagen entgegen, welche den Abfluß des Regenwassers vom höher gelegenen Grundstücke zu seinem Nachteile veränderten, mochten sie nun den Abfluß steigern, ihn konzentrieren oder ihn verbreitern.[6] Die Abwehr des vom höher belegenen Grundstücke herabfließenden Regenwassers gab der Klage den Namen.[7]

Schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechts, wie sie sich durch die klassischen Juristen entwickelten, brauchte der Nachbar außerordentliche Immissionen von Wasser nicht zu dulden und es stand ihm gegen sie die actio negatoria zu. Die actio aquae pluviae arcendae hatte aber den Vorzug, daß sie nicht bloß Immissionen entgegentrat, sondern auch die Drohung der Immission beseitigte.

b) Die Klage schützte den Eigentümer des höher belegenen Grundstücks. Sie nötigte den Eigentümer des niedriger belegenen, das Regenwasser in herkömmlicher Weise aufzunehmen, hinderte ihn also, sich gegen dasselbe durch Dämme oder in anderer Weise zu decken. Dies galt in gleicher Weise für wild abfließendes Tagewasser, sowie für Wasserläufe in festen Gerinnen. Die Pflicht der Aufnahme des vom höher belegenen Grundstücke ablaufenden Wassers bildete eine Art gesetzlicher Servitut zu seinen Gunsten.[8] Es bestand aber nur eine Pflicht des niedriger belegenen Grundstücks zur Aufnahme des Wassers, kein Recht auf die Zuleitung.[9]

2. Im einzelnen galt für die Klage folgendes:

a) Sie richtete sich — dies ist der ursprüngliche und Hauptfall — gegen Werke durch Menschenhand — opus manu factum — mochten sie nun in Neuanlagen[10] oder

---

5) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur: totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo redundare effecit. quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur.

6) Anders wenn ein Servitut eingeräumt ist, wonach der Nachbar das Regenwasser vom Nachbargrundstücke über das normale Maß hinaus aufnehmen oder sich gegen dasselbe decken darf, l. 2 § 10 D. h. t. 39, 3, l. 29 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Eine gegenseitige Erlaubnis, die nicht als Servitut gemeint ist, bindet die Singularsukzessoren des Gestattenden nicht, l. 19, l. 20 D. h. t.; vgl. Burckhard a. a. O. S. 346.

7) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 3, abgedruckt oben Anm. 5, l. 1 § 10 D. eod.

8) l. 1 § 23, l. 2 D. h. t. 39, 3.

9) l. 1 §§ 11, 21 D. h. t. 39, 3. Wenn uns jedoch ein Graben seit unvordenklicher Zeit Wasser zuleitet, so schützt die Unvordenklichkeit den Wassergenuß, l. 6, l. 7 C. de servit. 3, 34. Burckhard a. a. O. S. 248, Regelsberger Bd. 1 § 112 Anm. 2. Vgl. freilich RG. Bd. 17 S. 121.

10) Es gehören hierher Aufhäufung, Aushöhlung, Planierung des Bodens, l. 3 § 2 D. h. t. 39, 3, bauliche Anlagen, l. 4 pr. D. eod., auch bewegliche Anlagen, z. B. Aufhäufung von Steinen, Burckhard a. a. O. S. 191. Es ist also nichts Wesentliches, daß dem Grundstücke selbst eine andere Gestalt gegeben wird.

in Beseitigung von statutgemäßen oder unvordenklichen Anlagen[11] bestehen.[12] Gewöhnliche der Fruchtziehung dienende Handlungen und Anlagen waren nicht betroffen.[13]

Eine wichtige, aber natürliche Erweiterung bildete die Gewährung der Klage gegen Veränderungen des Bodens, die nicht durch Menschenhand erfolgten, z. B. im Falle der Verschlämmung der Abzugsgräben, Aushöhlung des Bodens durch Wasserstürze.[14]

b) Die Klage diente auch in den Fällen, in welchen das Regenwasser vermischt mit anderem Wasser, also Quell-, Sumpf-, Flußwasser dahinfloß.[15]

c) Die Klage bezweckte Wiederherstellung des früheren Bodenzustandes — Restitution — und damit Abwendung des dem Kläger drohenden Schadens.

Nur Ersatz des nach dem Prozeßbeginne entstandenen Schadens konnte mit dieser Klage in Anspruch genommen werden.[16]

d) Klageberechtigt war der Eigentümer des bedrohten Grundstückes und zwar zur Zeit des Prozeßbeginnes,[17] desgleichen der gutgläubige Besitzer,[18] der Emphyteuta,[19] der Nießbraucher,[20] wohl auch der Pfandgläubiger.[21] Im Falle des Miteigentums war jeder der Teilnehmer selbständig zur Klage legitimiert.[22]

Die Person des Beklagten bestimmte sich durch das Eigentum an dem Grundstücke, in welchem sich die schädliche Anlage befand.[23] Aber auch gegen den Usufruktuar, welcher die Anlage machte, wurde die Klage gewährt.[24] Auch der Emphyteuta[25] und selbst ein bloßer Besitzer galt für passiv legitimiert. Jeder der Miteigentümer des Grundstückes konnte belangt werden.[26]

---

11) l. 1 § 23 D. h. t. 39, 3. Vgl. hierzu Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 144 S. 1256.

12) Nicht notwendig ist, daß die Anlage zum Zweck der Änderung des Laufs des Wassers geschah. Es genügt, daß sie diesen Erfolg hat. RG. Bd. 25 S. 165.

13) l. 1 §§ 3—9, 15 D. h. t. 39, 3. Vgl. über das opus agri colendi causa factum Burckhard a. a. O. S. 377. Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 250 drückt sich so aus: „erlaubt sind Handlungen, welche von Landwirten jahraus, jahrein zu wirtschaftlichen Zwecken vorgenommen werden".

14) l. 3 §§ 1, 2, 4, 5, 6, 7, l. 14 § 1 D. h. t. 39, 3. Burckhard a. a. O. S. 573.

15) l. 1 pr. D. h. t. 39, 3.

16) l. 6 § 6 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Officium autem judicis hoc erit, ut, si quidem a vicino opus factum sit, eum jubeat restituere damnumque sarcire, si quid post litem contestatam contigit: quod si ante litem contestatam damnum contigit, tantum opus restituere debebit, damnum non sarciet: vgl. l. 11 §§ 3 und 4 D. eod., Burckhard a. a. O. S. 445. Ob man für den früheren Schaden Ersatz fordern kann, ist danach zu beurteilen, ob die Voraussetzungen des interdictum quod vi aut clam — l. 14 D. h. t. — vorliegen, oder eine cautio damni infecti gestellt ist oder andere Rechtsmittel offen stehen. Eine Verbindung der Ansprüche ist im heutigen Prozesse nicht unzulässig. Windscheid Bd. 2 § 473 Anm. 14; Budde, Entsch. des OAG. zu Rostock Bd. 7, 52.

17) l. 6 § 4 D. h. t. 39, 3. Im Falle des Wechsels des Eigentumes zwischen der Errichtung des Werkes und der Klageerhebung war nicht der frühere, sondern der gegenwärtige Eigentümer klageberechtigt.

18) Besondere Quellenzeugnisse finden sich freilich nicht.

19) l. 5 § 2 D. arbor. furtim caes. 47, 7.

20) In l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3 spricht Ulpian dem Usufruktuar die Klage ab. Aber Pomponius gibt ihm doch in der l. 22 pr. D. eod. eine „utilis" aquae pluviae arcendae actio. — Auch dem Wegeberechtigten gewährt l. 25 D. eod. Julianus libro 5 ex Minucio die Klage „fundi sui nomine, quoniam deteriore via facta fundo nocetur".

21) Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 391; dagegen Burckhard a. a. O. S. 399.

22) l. 6 §§ 1—3, l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3. Ubbelohde, unteilbare Obligationen S. 196 ff.

23) l. 4 pr. § 2, l. 18 pr., l. 22 D. h. t. 39, 3.

24) Anders Ulpian in l. 3 § 4 D. h. t. 39, 3; dagegen aber l. 22 § 2 D. h. t.

25) l. 23 § 1 D. h. t. 39, 3.

26) l. 11 § 1 D. h. t. 39, 3.

Es machte einen erheblichen Unterschied bezüglich des Umfanges der Verurteilung, ob der Beklagte der Urheber der schädlichen Anlage war, oder ob dies nicht zutraf. Im ersteren Falle wurde die Anlage auf Kosten des Beklagten, im zweiten auf Kosten des Klägers beseitigt, so daß der Beklagte in diesem Falle die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur zu dulden hatte.[27]

§ 196. d) Die operis novi nuntiatio.[1]

Ein Bau, gegen den wir ein Verbietungsrecht haben, der aber unternommen und vollendet wird, ehe es gelingt, unser Recht zur Anerkennung zu bringen, kann uns in der Zwischenzeit erhebliche Nachteile verursachen. Er verdunkelt z. B. unsere Fenster und macht unsere Wohnungen unbrauchbar, so daß gute und zuverlässige Mieter ausziehen, oder er nimmt uns längere Zeit die Aussicht, oder endlich er stürzt ein und beschädigt Sachen und Personen. Ob für dies alles vom Bauenden später Ersatz zu erlangen ist, steht dahin.

Um sich zu schützen, auch ehe das jus prohibendi liquid gestellt war, kannten die Römer ein privates Bauverbot: operis novi nuntiatio, welches den unternommenen Bau zum Stillstand brachte. Die Nuntiation belegte den ihr zuwider aufgeführten Bau in der Art mit einem Banne, daß er zerstört werden konnte, ohne Rücksicht darauf, ob er materiell mit Recht oder Unrecht in das Werk gesetzt war.[2]

1. Zur formellen Gültigkeit der Nuntiation wurde folgendes gefordert:

a) Es mußte ein Bau unternommen, aber noch nicht beendet sein, denn das Bauverbot richtete sich nur gegen entstehende, aber nicht gegen vollendete Bauwerke.[3] Wesentlich war die Errichtung, Erweiterung oder das Niederreißen eines mit dem Boden verbundenen Baues. Reparaturen, sowie Veränderungen im Innern des Gebäudes, welche dessen äußere Gestalt nicht änderten, begründeten das Bauverbot nicht.[4]

b) Das Bauverbot mußte dem Baue gegenüber — in re praesenti — erfolgen, dem es Stillstand gebot;[5] an anderen Orten eingelegt, war es ungültig.[6] Es

---

27) l. 6 § 7 D. h. t. 39, 3. Ulpianus libro 53 ad edictum: Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid alius qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar et tollere. Vgl. weiter l. 7 D. eod.

1) Tit. Dig. de operis novi nuntiatione 39, 1, de remmissionibus 43, 25, l. 14 C. de aedificiis privatis 8, 10 (früher: l. un. C. de novi operis nuntiatione 8, 11). Die Hauptwerke sind von Stölzel, die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam 1865 und von Burckhard bei Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Teil 1; dazu Brinz in der Münchener Vierteljahrsschr. Bd. 17 S. 244 ff. Stölzel gibt S. 5 eine umfassende Aufzählung der früheren Literatur, vgl. hierzu Burckhard S. 1 Anm. 1. Unter den Abhandlungen sind hervorzuheben: G. Hasse im rheinischen Museum Bd. 3 S. 579 ff.; Francke im Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 n. 14 § 4; Karlowa, Beiträge zum römischen Zivilprozeß Abh. 1 S. 19 ff.; Schmidt von Ilmenau in Lindes Zeitschr. Bd. 8 n. 2; Stölzel in Iherings Jahrb. Bd. 8 n. 6; Beling, die gemeinrechtliche Geltung der operis novi nunciatio, Breslauer Inaug. Diss. 1890, Vaturi, dell' operis novi nunciatio im archivio giuridico Bd. 49 S. 499. BGB. hat das Rechtsinstitut beseitigt, an die Stelle der römischen Nuntiation ist einstweilige gerichtliche Verfügung getreten.

2) l. 1 pr. D. h. t. 39, 1.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 39, 1.

4) l. 1 §§ 11, 12, 13 D. h. t. 39, 1. Es kommt nichts darauf an, ob das Gebäude in der Stadt oder auf dem Lande errichtet werden soll, l. 1 § 14 D. h. t. 39, 1.

konnte beim Baue jedem gegenüber ausgesprochen werden, welcher bei ihm beschäftigt war oder dem Hausstande des Bauherrn angehörte, also nicht bloß dem Bauherrn selbst, sondern auch Maurern, Zimmerleuten, ferner der Frau, dem Dienstpersonal des Bauherrn. Diese Personen mußten imstande sein, das Verbot dem Bauherrn zu überbringen. Ob dies aber geschah, ob er Kenntnis von dem Verbote erhielt, kam nicht in Betracht.[7] Das Bauverbot blieb auch dann bindend, wenn der Bauherr abwesend, geisteskrank oder ein Kind war und es nicht zur Kunde seines Vormundes gelangte.[8]

c) Die Nuntiation war nur gültig, wenn sie durch den zu ihrer Einlegung Legitimierten erfolgte. In dieser Hinsicht ist der Grund und Zweck wichtig welchen man beim Bauverbot im Auge hatte. Er konnte ein dreifacher sein:[9]

Vor allem bezweckte das Verbot den Schutz privaten Rechts — juris nostri conservandi causa —, nämlich entweder die Wahrung der Freiheit des Eigentumes[10] oder eines Nachbarrechtes, oder einer Servitut, welche auf Haben oder Verbieten gerichtet war.[11] Auf diesen Grund hin waren der Eigentümer,[12] der Superfiziar,[13] der Pfandgläubiger[14] des angeblich geschädigten Grundstückes gleichmäßig zur Nuntiation legitimiert.

Die Nuntiation diente ferner zur Erzwingung einer cautio damni infecti — als o. n. n. damni depellendi causa. Sie stand jedem offen, der Anspruch auf solche Kaution einem Unternehmen gegenüber hatte.[15]

Es konnte endlich jeder Bürger juris publici tuendi gratia nuntiieren zur Wahrung der im öffentlichen Interesse erlassenen Bauordnungen und zum Schutze des Gemeingebrauches an öffentlichen Sachen.[16]

2. Die formell gültige Nuntiation verlor aus verschiedenen Gründen ihre Geltung.

a) Der Prätor konnte sie verweigern. Dies geschah namentlich, wenn der Nuntiant das von ihm geforderte juramentum calumniae nicht leistete, oder wenn sonst das Verbot offenbar chikanös war.[17]

5) l. 5 § 3 D. h. t. 39, 1. Es muß, wie Hasse S. 588 bemerkt, jemand zugegen sein, „durch dessen Ohren gleichsam das Werk selbst das Verbot vernimmt".

6) l. 5 § 4 D. h. t. 39, 1, l. 10 D. eod.

7) l. 1 § 5 D. h. t. 39, 1.

8) l. 10 D. h. t. 39, 1.

9) l. 5 § 9, l. 1 § 16 D. h. t. 39, 1.

10) l. 5 § 9 D. h. t. 39, 1. Hasse a. a. O. S. 591; Burckhard S. 59.

11) Die Quellen verstatten die operis novi nuntiatio ausdrücklich zum Schutze von Aussichtsgerechtigkeiten, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1, l. 15 D. de serv. praed. urb. 8, 2 und der servitus oneris ferendi, l. 6 § 7 D. si serv. vind. 8, 5; sie versagen die o. n. n. bei der Wegegerechtigkeit, l. 14 D. h. t. 39, 1. Hieraus ergibt sich das Prinzip des Textes; Burckhard a. a. O. S. 70.

12) Über die Nuntiation der Miteigentümer vgl. l. 3 §§ 1 und 2 D. h. t., oben § 159 Anm. 13.

13) l. 3 § 3 D. h. t. 39, 1. Ohne Zweifel stand der Emphyteuta dem Superfiziar gleich. Nießbraucher hatten die o. n. n. aus eigenem Rechte nicht; doch waren die römischen Juristen hierüber nicht einig, vgl. l. 1 § 20, l. 2 D. h. t. 39, 1, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25.

14) l. 1 § 5 D. de remissionibus 43, 25.

15) l. 1 §§ 17, 19 D. h. t. 39, 1.

16) l. 1 § 17, l. 3 § 4, l. 4, l. 5 pr. D. h. t. 39, 1.

17) Infolge der Nuntiation wandte sich der Nuntiat begreiflich sehr häufig beschwerend an den Prätor, l. 1 § 9 D. h. t. 39, 1. Man betrachtete das Verfahren vor ihm geradezu als eine Fortsetzung der Nuntiation. Daß der Prätor die Nuntiation unter Umständen denegierte, ergibt l. 19 D. h. t. 39, 1. Paulus libro quaestionum: Sciendum est denegata exsecutione operis novi nihilo minus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat. Hauptfall der Denegation war jedenfalls Verweigerung des juramentum calumniae, l. 5 § 14 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 52 ad edictum: Qui opus novum nuntiat, jurare debet non calumniae causa opus novum nuntiare.

b) Es erfolgte *Remission* der formell gültigen Nuntiation durch den Prätor, wenn der Nuntiat *Kaution* — in der Regel Satisdation — stellte oder doch gehörig anbot.[18] Sie bestand darin, daß der Nuntiat sich zur Restitution des Gebauten oder zur Geldentschädigung nach Wahl des Nuntianten verpflichtete, sofern dieser sein Verbietungsrecht gerichtlich nachwies.[19]

c) Der Remission steht die *außergerichtliche*[20] *Leistung* oder das außergerichtliche Angebot entsprechender *Satisdation* zur Restitution oder Geldentschädigung gleich.[21]

d) Der Bann wurde ferner durch Tod des Nuntianten oder Veräußerung des Grundstückes, zu dessen Gunsten das Verbot erfolgte, aufgehoben.[22] Die gleiche Wirkung hatte der Verzicht des Nuntianten.[23] [24]

3. Wurde entgegen der formell gültigen Nuntiation weiter gebaut, ohne daß Remission oder ein sonstiger Befreiungsgrund eintrat, so konnte der Nuntiant die *Zerstörung des Gebauten* mit dem sog. interdictum demolitorium fordern.[25]

---

18) Über die Voraussetzungen der Remission gehen die Meinungen sehr auseinander. Das Richtige hat Schmidt a. a. O. S. 17 gefunden und Burckhard weiter ausgeführt. Die Remission erfolgt — bei der o. n. n. juris nostri conservandi gratia — infolge gehöriger Satisdation. Hiermit sind auch Brinz Bd. 1 S. 705 und Lenel, edictum S. 488 Anm. 7 einverstanden; abweichend Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 141 S. 1229. Bewiesen wird diese Auffassung dadurch, daß die römischen Juristen die Satisdation allein als regelmäßige Lösung des Bannes der o. n. n. ansehen, sowie dadurch, daß sie die *Satisdation als notwendige Begleitung der Remission darstellen*. l. 7 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Ait Julianus: qui ante remissionem nuntiationis, contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno, quod ex operis novi nuntiatione competit, altero quod vi aut clam. *remissione autem facta* intellegendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare ei, qui *satisdederit*, cum possessor hoc ipso constituatur.

19) Über den Inhalt der cautio ex operis novi nuntiatione vgl. die Ausführung von Lenel, edictum perpetuum S. 431. Es wurde eine Zeitgrenze festgestellt, innerhalb deren der Nuntiat das Interdikt zu erwirken hatte, vgl. l. 13 § 1 D. h. t.

20) l. 5 § 17 D. h. t. 39, 1.

21) Hatte der Nuntiat die erforderte Kaution gerichtlich oder außergerichtlich geleistet, so wurde er durch prohibitorisches Interdikt gegen Behinderung im Bauen geschützt. Hieraus erklärt sich der Ausspruch Ulpians libro 52 ad edictum l. 1 § 6 D. eod. In *operis novi nuntiatione possessorum adversarium facimus*. Dies verfolgt Ulpian weiter l. 5 § 10 D. eod. Vgl. hierzu Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 1230.

22) l. 8 § 6 D. h. t. 39, 1.

23) l. 1 § 10 D. h. t. 39, 1.

24) In der klassischen Zeit dauerte der Bann, welchen die Nuntiation auflegte, nur ein Jahr, so daß der Nuntiant genötigt war, innerhalb des Jahres sein Verbietungsrecht zur richterlichen Anerkennung zu bringen. Dies kam namentlich dem Nuntiaten zugute, welcher nicht imstande war, sich durch Stellung einer Bürgschaft die Freiheit des Bauens zu sichern. Doch war es bestritten, ob das Verbot nach Ablauf des Jahres erneuert werden dürfe. Justinian hob in der l. 14 C. de aedificiis privatis 8, 10 — l. un. C. 8, 11 — die Beschränkung des Bauverbotes auf ein Jahr auf. Er glaubte einen Ersatz durch die Vorschrift zu geben, daß die Bauprozesse, wenn eine operis novi nuntiatio eingelegt sei, schleunigst behandelt und innerhalb 3 Monate erledigt werden sollten. Im wesentlichen dürfte die l. 14 C. cit. nichts anderes besagen. Keinesfalls hat sie das Recht des Nuntianten, gegen Bürgenstellung sofortige Remission zu erlangen, beseitigt. So auch Brinz Bd. 1 § 174 S. 705. Doch gehen die Ansichten sehr auseinander. Vgl. Burckhard S. 523, Schmidt in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 S. 222 ff.

25) Das Interdikt lautete nach l. 20 pr. D. h. t. 39, 1: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.

Der Kläger hatte bei diesem Interdikt die Erhebung einer formell gültigen Nuntiation darzutun. Hierbei mußte er namentlich auch nachweisen, daß er Eigentümer des Grundstückes sei, für welches das Verbot eingelegt war, oder daß ihm sonst eine Legitimation zum Verbote zustehe.[26]

Der Nuntiat konnte seinerseits dartun, daß er Remission des Verbotes erhalten oder Satisdation gestellt habe oder sonst durch die Nuntiation nicht gebunden sei. Das letztere traf unter anderem dann zu, wenn die schleunige Fortsetzung des Baues im öffentlichen Interesse lag, oder wenn dessen Unterbrechung mit Gefahr verbunden war.[27]

Dagegen wurde der Nuntiat gegen die Zerstörung nicht dadurch geschützt, daß er ein Recht zum Bauen hatte, z. B. infolge einer Servitut.[28] Nur im Wege des petitorischen Prozesses durfte er dies Recht nachträglich zur Geltung bringen. Wäre sein Baurecht aber bereits rechtskräftig anerkannt, so könnte er sich zweifelsohne gegenüber dem interdictum demolitorium auf das Judikat berufen.

Die Zerstörung konnte nicht bloß gefordert werden, wenn der Nuntiat selbst den Bau errichtete, sondern auch dann, wenn ein Rechtsnachfolger desselben, z. B. ein Käufer, baute und dies ohne Rücksicht darauf, ob der Bauende das Verbot kannte. Denn der Bann ist auf das Bauwerk selbst gelegt.[29] Beklagter ist der Besitzer. Doch nur wer wissentlich dem Verbote entgegenhandelte, hatte die Kosten der Zerstörung zu tragen.[30] [31]

§ 197. e) Das interdictum quod vi aut clam.[1]

Das interdictum quod vi aut clam bestand zum Schutz des vorhandenen Zustandes auf privaten Immobilien wider gewaltsame

---

26) Nuntiation seitens eines Nichtlegitimierten ist keine Nuntiation im Sinne des Ediktes. Daher untersuchen die Juristen, wer „nuntiare potest", l. 1 §§ 19 und 20, l. 2, l. 3 § 4, l. 5 § 1 D. h. t. 39, 1. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 62.

27) Dies hatte das prätorische Edikt festgestellt, l. 5 §§ 12, 13 D. h. t. 39, 1.

28) l. 20 § 1 D. h. t. 39, 1. Ulpianus libro 71 ad edictum . . . qui igitur facit, et si jus faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere videtur et ideo hoc destruere cogitur.

29) l. 23 D. h. t. 39, 1.

30) Vgl. l. 23 D. h. t. 39, 1 und l. 3 § 3 D. de alienatione judicii 4, 7, siehe hierüber Vangerow Bd. 3 § 676 S. 535. Die Meinungen sind, da das Quellenmaterial lückenhaft ist, sehr geteilt; vgl. Burckhard a. a. O. S. 196.

31) Unbestritten ist, daß man in Deutschland bei Gefährdung durch Unternehmung eines Baues einstweilige gerichtliche Verfügung nachsucht. Herkömmlicherweise bezeichnet man solche gerichtliche Verfügung als operis novi nuntiatio publica. Aber streitig für das gemeine Recht war, ob daneben das römische Privatverbot noch zulässig sei. Kein Zweifel ist, daß man sich in der Praxis zu allen Zeiten auf einzelne Sätze des Nuntiationsrechtes bezogen hat. Dennoch ist das Institut als solches nicht rezipiert worden. Stölzel a. a. O. S. 525 hebt mit Recht hervor, daß zwar die Praktiker aller Zeiten in zahllosen Fällen von einer o. n. n. reden, daß es sich aber für sie um ein Rechtsmittel handelte, welches von der römischen o. n. n. im eigentlichsten Sinne des Wortes nichts als den Namen an sich trug. Daher ist das Institut vom BGB. nicht aufgenommen worden. Einen Ersatz in gewisser Richtung gewährt § 907 BGB., wonach der Eigentümer eines Grundstücks verlangen kann, daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat.

1) Tit. Dig. quod vi aut clam 43, 24. Siehe namentlich Stölzel, operis novi nuntiatio und interdictum quod vi aut clam, und Stölzel in Iherings Jahrb. Bd. 8 n. 6. Vgl. ferner G. Hasse im rhein. Museum Bd. 4 n. 1, Francke im Archiv für ziv. Praxis Bd. 22 n. 14, Schmidt — von Schwerin — in Lindes Zeitschr. n. F. Bd. 1 n. 7 und in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 25 ff., Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 433 ff., Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen

Störung. Es beruhte also auf ähnlichen Ausgangspunkten, wie die operis novi nuntiatio und wird daher zweckmäßig im Anschluß an dieselbe dargestellt.

Das Interdikt verfolgt die Beseitigung von Veränderungen an Grundstücken, die gegen Verbot eines Interessenten — vi — oder hinter seinem Rücken — clam — ausgeführt wurden.[2] Man erblickte überdies eine Mißachtung des Klägers darin, daß der andere Teil wichtige Verhältnisse eigenmächtig gestaltete, statt sie durch den Richter ordnen zu lassen. Diese Verletzung der Person des Klägers bildete daher gleichfalls einen Grund der Klage.[3]

1. Um deswillen war es nicht erforderlich, daß der Kläger ein Recht an der Sache hatte; es genügte, wenn ihm ein Interesse an ihr zustand.[4]

Das Interdikt wurde daher nicht bloß von Eigentümern, dinglich Berechtigten oder Eigenbesitzern angestellt, sondern auch von bloßen Forderungsberechtigten, wenn sie Besitz oder auch, wie der Pächter, bloße Detention in eigenem Interesse hatten.[5]

Wer mit dem Interdikte klagte, mußte sich legitimieren, d. h. das Verhältnis, auf welches sich sein Interesse gründete, dartun. Sein Gegner konnte sich nicht dadurch verteidigen, daß er ein Recht zur Vornahme der fraglichen Handlung nachwies;[6] [7] das eigenmächtige

---

Zivilprozesses S. 59 ff., röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 142 S. 1233, Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 91 ff.

2) Das Interdikt lautete nach l. 1 pr. D. h. t. 43, 24: quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas, nach id ist ausgefallen: si non plus quam annus est, vgl. Lenel, edictum S. 387.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur: jubentur enim ea restituere; vgl. auch l. 1 § 2 D. eod. Den Deliktscharakter heben hervor l. 7 § 1, l. 14 D. eod., in l. 11 § 6 D. eod. wird die Klage auf Dolus zurückgeführt. Neuerdings legt man auf den Deliktscharakter weniger Gewicht.

4) l. 11 § 14 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Idem Julianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere; l. 16 pr. D. eod. Paulus libro 67 ad edictum: Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest. Sokolowski a. a. O. S. 92.

5) l. 11 § 12 D. h. t. 43, 24 . . . nam et statim post venditionem contractam periculum ad emptorem spectat et tamen antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. si tamen precario sit in possessione, videamus, ne, quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet, jam interdicto uti possit. ergo et si conduxit, multo magis: nam et colonum posse interdicto experiri in dubium non venit; vgl. l. 12, l. 19, l. 13 § 4 D. eod. Das Interdikt dient sogar zur Wahrung rein persönlicher Interessen. Insbesondere kann es derjenige erheben, dessen Bildsäule an einem öffentlichen Orte in der Gemeinde aufgestellt war, falls dieselbe von Dritten weggenommen wurde, l. 11 § 1 D. h. t. 43, 24. Sokolowski a. a. O. S. 92 ff.

6) l. 1 §§ 2, 3 D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non: sive enim jus habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci. § 3. Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obicere: „quod non jure meo receperim". et magis est, ne possit: nam adversus vim vel quod clam factum est nulla justa exceptione se tueri potest.

7) So Stölzel a. a. O. S. 378, 493, Windscheid Bd. 2 § 435 Anm. 6a, RG.

Handeln wurde unter allen Umständen zurückgewiesen und der frühere Zustand wieder hergestellt. Es blieb ihm aber unbenommen, sein Recht in einem petitorischen Prozesse nachträglich zur Geltung zu bringen.

2. Es mußte eine Veränderung *an Grundstücken* vorgenommen sein.[8] Eigenmacht bezüglich anderer Objekte, z. B. an Schiffen, kam nicht in Betracht.[9]

Als erheblich galt jede Veränderung am Boden, also Errichtung, Demolierung oder Umbau von Bauwerken,[10] von Dämmen und Gräben,[11] Beseitigung von Bäumen, Zweigen, Weinstöcken,[12] und selbst Beackern des Bodens.[13] Nicht notwendig war es, daß die Bodenfläche selbst eine Umgestaltung erleide; auch Veränderungen *auf* dem Grundstücke genügten, z. B. Abladen von Steinen oder Erde,[14] Zerstörung von Düngerhaufen.[15] Die der regelmäßigen Fruchtgewinnung dienenden Maßregeln wurden vom Interdikt nicht betroffen.[16]

3. Die Veränderung mußte mit *Gewalt* — vi — oder *heimlich* — clam — in das Werk gesetzt sein.

a) Grobe Gewalt war nicht notwendig. *Handeln gegen Verbot* — Prohibition — genügte. Das Verbot konnte wörtlich oder tatsächlich eingelegt werden. Nach römischem Brauche wurde es genugsam durch einen *Steinwurf* ausgedrückt. Derartiges wäre bei uns unverständlich und bedeutungslos.[17]

b) Hinter dem Rücken des Interessierten — clam — handelte man, wenn man seine Einsprache fürchtete oder zu fürchten Ursache hatte, und dennoch die Veränderung vornahm, ohne ihm deutliche Mitteilung zu machen.[18]

4. Besitz des Prohibenten wurde zur Anstellung des Interdikts nicht gefordert.[19] Es fragte sich aber, ob die Prohibition *gegenüber einem*

Bd. 28 S. 169, vgl. aber auch Zimmermann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 52 n. 20. Grundsätzlicher Gegner ist Schmidt a. a. O. Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 48 n. 169 (oberstes LG. für Bayern).

8) l. 1 § 4 D. h. t. 43, 24, l. 20 § 5 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum: Sive in privato sive in publico opus fiat sive in loco sacro sive in religioso, interdictum competit.

9) l. 20 § 4 D. h. t. 43, 24.

10) l. 7 § 9 D. h. t. 43, 24, l. 7 § 10 eod. Ulpianus libro 71 ad edictum: Proinde et si tegulas de aedificio sustulerit, magis est, ut interdicto teneatur.

11) l. 7 § 8 D. h. t.

12) l. 7 § 5, l. 9 pr., l. 11 § 3, l. 13 pr. §§ 4 und 7 D. h. t. 43, 24.

13) l. 22 § 1 D. h. t. 43, 24. Wurde jedoch der Acker verbessert, so ist das Interdikt nicht zuständig, l. 7 § 7 D. h. t.

14) l. 15 § 2 D. h. t. 43, 24.

15) l. 7 § 6 D. h. t. 43, 24. Dazu aber l. 9 § 3 D. eod.

16) l. 7 § 5 D. h. t. 43, 24.

17) l. 1 §§ 5 ff. D. h. t. 43, 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Quid sit vi factum vel clam factum, videamus. vi factum videri Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio. § 6. Sed et si quis jactu vel minimi lapilli prohibitus facere perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri Pedius et Pomponius scribunt, eoque jure utimur. l. 20 § 1 D. eod. Paulus libro 13 ad Sabinum . . . vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve jactantis prohibendi gratia. Sofolowski a. a. O. S. 107 ff.

18) l. 3 § 7 D. h. t. Ulpianus libro 71 ad edictum: Clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere. l. 3 § 8, l. 4 D. eod.

19) l. 16 pr. D. h. t. 43, 24; cit. oben Anm. 4.

Besitzstande zu beachten sei? Die meisten Neueren bejahen dies, aber schwerlich mit Recht.[20] Denn der Zweck des Interdiktes war, unerlaubter Eigenmacht entgegenzutreten und den vorhandenen Zustand zu erhalten. Man durfte sich nicht ertrotzen, was man im Rechtswege erstreiten sollte. Wer aber nur seinen Besitz gegen fremde Antastung verteidigt, wahrt den vorhandenen Sachstatus und begeht keine unerlaubte Eigenmacht. Einen Gewaltakt begeht derjenige, welcher den Besitzer durch Wort oder Tat behindert, nicht aber der Besitzer, wenn er sich um unberechtigten Widerspruch nicht kümmert.[21] In den Quellen ist dies freilich nicht so allgemein hervorgehoben. Es erschien eben als selbstverständlich, doch fehlte es nicht an Aussprüchen, wonach die Prohibition einem Besitzstande gegenüber kraftlos ist.[22]

5. Das Interdikt greift nicht ein, wenn man in Notständen eigenmächtig handelt, z. B. das Haus des Nachbars im Falle eines Brandes eigenmächtig niederreißt, um dem Feuer Einhalt zu tun. Vorausgesetzt wird aber, daß die Obrigkeit, welche das Feuerlöschwesen leitet, nicht am Platze war.[23]

---

20) Stölzel führt a. a. O. S. 415 nach dem Vorgange von Franke im Archiv für ziv. Praxis Bd. 22 S. 362 aus, daß gegen den in suo Handelnden das i. quod vi aut clam ausgeschlossen sei. Die meisten Neueren aber erklären sich gegen diese Ansicht. So Vangerow Bd. 3 § 677 S. 547; Windscheid Bd. 2 § 465 Anm. 18 S. 798; Brinz Bd. 1 S. 694; Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 1236. Man wendet ein, daß der Prätor allgemein edizierte: quod vi factum est, restituas, und daß die römischen Juristen dies z. B. l. 1 § 5 D. h. t. 43, 24 allgemein aussprächen. Es fragt sich nur immer, was sie unter „vi" verstanden. Sokolowski a. a. O. S. 102 ff.

21) Die Römer gehen davon aus, daß ein Handeln in alieno, d. h. an Grundstücken in fremdem Besitz unternommen sei, z. B. l. 11 § 3 D. h. t. 43, 24 si quis in vineas meas venerit et inde ridicas abstulerit, hoc interdicto tenebitur; vgl. l. 15 § 1 D. eod. „in vicini projecit praedium", l. 15 § 2 D. eod. „in sepulchro alieno". Geradezu bestimmt aber l. 7 § 2 D. eod. — abgedruckt oben § 196 Anm. 18 — „intellegendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur" „cum possessor constituatur". Hiernach erklärt dann Ulpianus libro 52 ad edictum in l. 5 § 10 D. de oper. nov. nunt. 39, 1: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. at si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti. Man sollte denken, es sei hier deutlich genug gesagt, daß das i. quod vi aut clam gegenüber demjenigen, welcher im Besitze ist, keine Kraft hat. In l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 Ulpianus libro 17 ad edictum wird die Zulässigkeit des i. quod vi aut clam gegenüber einem Bau auf Grund und Boden des Bauherrn darauf zurückgeführt, daß der Prohibierende Besitzer des von ihm prätendierten Rechtes ist, der prohibierte Eigentümer also durch seinen Besitzstand nicht geschützt sei. Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Dies steht nicht im Gegensatze zu den oben angeführten Stellen, bildet vielmehr deren Ergänzung. Nicht die Befreiung des Sachbesitzers schlechthin vom interdictum quod vi aut clam ist hier gesetzt, sondern daß niemand vi oder clam handelt, wenn er sich innerhalb der Grenzen seines Besitzes hält.

22) l. 7 § 4 D. h. t. 43, 24; vgl. oben § 112 Anm 12.

Die Eigenmacht ist endlich erlaubt in dringlichen Fällen, wenn sie nur dasjenige beseitigt, was ein anderer eigenmächtig vornahm.[24]

6. Der Widerspruch wirkte dauernd. Die durch ihn bewirkte Hemmung war an keine Frist gebunden. Es fand keine Remission statt. Der Prohibierte mußte klagen, um sein Recht zur Veränderung gerichtlich zur Anerkennung zu bringen.[25]

7. Die Klage bezweckte Beseitigung des eigenmächtig Hergestellten.[26] Der Urheber des Werkes trug deren Kosten; wer bloß als Besitzer verklagt wurde, hatte nur die Zerstörung auf Kosten des Klägers zu dulden.[27] Der Urheber des Werkes mußte außerdem dem Kläger sein Interesse vergüten.[28]

Die Klage verjährte in einem annus utilis, von der Vollendung oder der Sistierung des eigenmächtig vorgenommenen Werkes an gerechnet.

Dritter Abschnitt.

Die Servituten.

Erstes Kapitel.

Das Wesen der Servituten.

§ 198. Begriff und Haupteinteilung der Servituten.[1]

1. Servituten — Dienstbarkeiten — sind dingliche Rechte an fremden Sachen zur Benutzung derselben für die Zwecke bestimmter Grundstücke oder bestimmter Personen.

23) l. 7 § 3, l. 22 § 2 D. h. t. 43, 24. Vgl. Stölzel a. a. O. S. 407, Duhn, über die exceptio quod vi aut clam im Archiv für ziv. Praxis Bd. 48 n. 3, Ihering in seinen Jahrb. Bd. 15 S. 407, Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 1237.

24) Nach l. 3 § 5 D. h. t. 43, 24 soll auch „desinere vi facere", wer „Satisdation" leistet und bereit ist, sich zu verteidigen. Dies kann keinesfalls, wie die Neueren durchgängig annehmen, schechthin gelten. Denn das hieße jedem die Möglichkeit geben, sich fremden Besitz interimistisch gegen Kaution beliebig anzueignen. Ich fange z. B. an, meine Steine auf des Nachbars Grundstück abzuladen, welches in dessen unbestrittenem und freiem Besitze ist. Muß er dies dulden, wenn ich ihm Bürgschaft für den Schaden stelle? Dies wäre unerhört. Es steht auch im Widerspruch mit l. 5 § 10 D. de oper. novi nunt. 39, 1 — oben Anm. 21 —, wonach man nur durch operis novi nuntiatio den Prohibierten zum Besitzer macht. Die l. 3 § 5 D. cit. ist also nur in besonderen Fällen anwendbar, in welchen keiner der Streitenden bisher im Besitze war. Abweichend freilich Karlowa, röm. Rechtsgesch. S. 1237.

25) Da es sich um eine Dolusklage handelt, greift das Interdikt nur ein, wenn der Handelnde das Verbot kannte. So l. 20 § 3 D. h. t. 43, 24. Paulus libro 13 ad Sabinum: Item si prohibiti heres vel is, qui ab eo emerit, ignorans causam praecedentem fecerit, dicendum esse Pomponius ait non incidere eum in interdictum. Anders bei der oper. novi nuntiatio, vgl. § 196 Anm. 29.

26) l. 16 § 2 D. h. t. 43, 24 Paulus libro 67 ad edictum: In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, — sc. opus — patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit nec possidet, impensam: qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet.

27) l. 15 §§ 7 ff. D. h. t. 43, 24.

28) l. 15 § 4 D. h. t. 43, 24.

2. Infolge der Servitut tritt die belastete Sache in den Dienst des Servitutberechtigten.[2] Sie dient demselben durch ihre physische Eigenschaften.[3] Die Servitut nimmt also den Gebrauchswert der Sache in Anspruch,[4] wie das Pfandrecht deren Tauschwert. Die Nutzungen, um welche es sich handelt, sind je nach der Art der Servitut verschieden. Bald gewährt die Servitut Früchte oder andere Erzeugnisse, bald Gebrauch, z. B. durch Gehen oder Fahren, bald bloß Licht und Aussicht, also die Befugnis, dem Nachbarn Aussicht benehmende Anlagen auf seinem Grundstücke zu verbieten. Liegt auch in solchem Verbietungsrechte ein Recht der Nutzung? Nicht selten verneint man dies und entfernt um deswillen aus der Definition der Servitut jede Beziehung auf deren materiellen Inhalt. Aber nützt man nicht auch Eigenschaften des Nachbargrundstückes, wenn es Licht und Aussicht gewährt?[5]

3. Die Interessen, in deren Dienst die belastete Sache gestellt wird, sind andere bei den Grunddienstbarkeiten — Prädialservituten —, als bei den persönlichen Dienstbarkeiten — den Personalservituten.

a) Die Prädialservituten sind zur Förderung der Nutzbarkeit des herrschenden Grundstückes bestimmt. Das einzelne Grundstück kann in seiner Isolierung oft nicht ausreichend ausgenutzt werden. Es bedarf z. B. eines Weges, um zugänglich, des Wassers, um fruchtbar, des freien Lichtes, um bewohnbar oder gesund und angenehm zu sein. Dann findet es durch eine Prädialservitut in dauernder Weise die erforderliche Ergänzung.

Oft ist der Nachteil, welchen die Servitut dem dienenden Grundstücke zufügt, weit geringer, als der Vorteil, den sie dem herrschenden Grundstücke bringt. Hierauf beruht der volkswirtschaftliche Nutzen der Grundgerechtig-

---

1) Emil Hoffmann, die Lehre von den Servituten, Bd. 1, 1838 Bd. 2, 1843: Rudolf Elvers, die römische Servitutenlehre 1856; Oskar Schönemann, die Servituten 1866, Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht, Archiv für ziv. Praxis Bd. 87 S. 157. Notizen über ältere Literatur finden sich bei Schönemann, vgl. auch Hoffmann, Vorrede.

2) Servitus ist der römische Name sowohl für „Servitut" als für „Sklaverei". Beide „dienen" dem herrschenden Subjekt. Doch die rechtliche Natur derselben ist eine durchaus verschiedene. Anders Windscheid Bd. 1 § 200 Anm. 1.

3) Keller, Pandekten § 163 Anm. 4.

4) Das Recht auf Benutzung der Sache heben als charakteristisch hervor: Puchta, Pand. § 178 und Arndts § 175, so auch Schönemann a. a. O. S. 28; Keller, Pand. § 163 dagegen findet keinen spezifischen Unterschied der Servituten von den übrigen jura in re. Auch Windscheids Definition sieht vom Rechte der Benutzung ab. Er findet das Charakteristische der Servitut im Gegensatz zum Pfandrecht darin, daß die Servitut den Eigentümer nur beschränke, das Pfandrecht die Ermächtigung gebe, ihm sein Eigentum zu entziehen. Elvers endlich definiert die Servitut als „rechtliche Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingierte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache", wobei er sich auf l. 17 D. de except. 44, 1 bezieht. Den Vorzug hat die einfache und gesunde Begriffsbestimmung Puchtas.

5) Keller, Pandekten § 163. Auch Buchholz, Versuche 1831 S. 157 findet die Anwendung des Wortes „benutzen" auf negative Servituten „gegen den Genius der Sprache". Hiergegen bemerkt Elvers a. a. O. S. 32: „benutzen heißt Nutzen ziehen, und dies kann man auch durch den passiven Zustand, in dem ein anderer eine schädliche Handlung nicht vornehmen darf".

keiten. Unter solchen Umständen einigen die Nachbarn über ihre Begründung sich leicht. Aber freilich kann sich dies im Laufe der Zeiten ändern. Belastungen, die nach der früheren Weise der Bewirtschaftung kaum empfunden wurden, können den Übergang zu neuen Wirtschaftsformen entgegentreten, welche für den Eigentümer vorteilhaft oder notwendig sind. Dann werden sie zum Hemmnis gesunden Fortschritts und zum wirtschaftlichen Schaden. Der Art verhielt es sich mit den Weidegerechtigkeiten des früheren deutschen Rechtes, die neben der seit alters hergebrachten Dreifelderwirtschaft kaum fühlbar, bei dem notwendigen Übergange zu intensiver Kultur des Landes unerträglich wurden. Eine Weggerechtigkeit ferner an einem landwirtschaftlichen Grundstücke ist oft wenig störend; wird das Grundstück aber infolge der Erweiterung der nahen Stadt Bauterrain, so kann sie höchst lästig werden, da sie die Errichtung von Gebäuden hindert.

b) Die Personalservituten haben den Zweck, einer bestimmten Person für ihre Lebenszeit Unterhalt zu gewähren, insbesondere ihr eine lebenslängliche periodische Einnahme zu verschaffen. Das Kapital soll also voll und ganz beim Eigentümer bleiben, der Ertrag aber ganz oder teilweise dem Servitutberechtigten zustehen.

Die Verschiedenheit der wirtschaftlichen Ziele von Prädial- und Personalservituten mußte zu verschiedener Rechtsgestaltung führen. Namentlich machte sich geltend, daß es sich bei der Prädialservitut um dauernde reale Beziehungen, bei der Personalservitut um vergängliche persönliche Verhältnisse handelt.

Dennoch ist eine gewisse Gemeinsamkeit unverkennbar. Sie liegt darin, daß die Personal- wie die Prädialservituten die *Nutzung* der fremden Sache in der *Rechtsform des dinglichen Rechtes* in Anspruch nehmen. Um deswillen ordnen bereits die Römer beide Verhältnisse als besondere Arten dem einen Institute der Servitut unter.[6]

§ 199. Dinglicher Charakter der Servituten.

Die Nutzung fremder Sachen wird bald durch persönliche Forderungen vermittelt, bald durch dingliche Rechte gewährt.

Pacht, Miete, Kommodat erzeugen bloß *obligatorische Ansprüche* auf Benutzung der gemieteten oder geliehenen Sache. Auch

---

6) Im engeren Sinne verstehen die Römer unter den Servituten Grunddienstbarkeiten. § 3 J. de reb. incorp. 2, 2, l. 9 § 7 in fine D. quod metus causa 4, 2. Aber Marcianus libro 3 regularum l. 1 D. de serv. 8, 1 formuliert den weiteren Servitutenbegriff: Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum, siehe ferner l. 15 pr. D. eod., l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5, l. 8 § 3 D. de lib. leg. 34, 3 — Pomponius — „personalis servitus", l. 1 § 9 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Übrigens wird einmal sogar eine Superfizies als „servitus" bezeichnet, nämlich in l. 86 § 4 D. de leg. I.

Verträge anderer Art und Vermächtnisse begründen häufig nur Forderungsrechte auf Überlassung von Nutzungen.[1] Derartige Geschäfte verbinden nur den Promittenten und dessen Erben, nicht aber dritte Personen, z. B. den Käufer der Sache, deren Nutzungen versprochen sind.[2]

Alles dieses ist bei den Servituten anders.

1. Die Servitut setzt den Berechtigten in ein Verhältnis zu der Sache, welche belastet wird. Die Servitut kann daher jedem gegenüber geltend gemacht werden, der sie stört oder bedroht; sie wird nicht durch actio in personam, sondern durch actio in rem confessoria zur Anerkennung gebracht.

2. Servitus in faciendo consistere nequit ist ein herkömmliches Rechtssprichwort. Die Servitut verbindet nämlich den Besitzer der dienenden Sache nur zum Dulden — pati — oder zum Nichttun — non facere —; keineswegs aber zum Tun — facere.[3] Dies entspricht dem Wesen des dinglichen Rechts. Das dingliche Recht stellt die Sache unmittelbar unter die Herrschaft des Berechtigten, jedermann muß seine Einwirkung auf die Sache dulden, niemand darf sie stören. Aber außerhalb jenes Rahmens liegt die Verbindlichkeit des Besitzers der Sache zu einem Tun. Das Recht hierauf ist nicht Ausfluß seiner Herrschaft über die Sache, bildet vielmehr eine Berechtigung gegenüber den Personen.

Hiernach kann man nach römischem Rechte mit dinglicher Kraft dem Eigentümer der dienenden Sache nicht einmal deren Erhaltung in dienstfähigem Stande auferlegen. Dieselbe liegt vielmehr notwendig dem Servitutberechtigten ob. Der Wegberechtigte z. B. hat den Weg, der Wasserleitungsberechtige den Kanal über das dienende Grundstück imstande zu halten.[4]

Einzig die servitus oneris ferendi macht eine Ausnahme. Nach altem Brauche war der Eigentümer der dienenden Sache dazu verpflichtet, die stützende Mauer in tragfähigem Stande zu erhalten.[5] Nur durch Dere-

---

1) l. 12 D. de annuis legatis 33, 1. Paulus libro 13 responsorum: Gajus Sejus praedia diversis pagis Maeviae et Sejae legavit et ita cavit: „praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis milia trecena et salicis mundae annua librarum singula milia“: quaero, an id legatum defuncta legataria exstinctum sit. Paulus respondit servitutem jure constitutam non videri neque in personam neque in rem: sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri. Zur Realservitut fehlte freilich auch die Vizinität der Grundstücke. Vgl. ferner l. 58 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

2) Oft ist zweifelhaft, ob es sich um eine bloß obligatorische Verpflichtung oder eine dingliche Belastung handelt, z. B. ein Villenbesitzer verspricht dem anderen, seine Villa nicht höher zu bauen. Der Zweck des Vertrages wird häufig erkennen lassen, daß es sich um ein sog. pactum intuitu fundi initum handelt. Ist dies nicht der Fall, so ist eine bloß obligatorische Verpflichtung als das Geringere anzunehmen.

3) l. 15 § 1 D. de servitutibus 8, 1. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

4) l. 11 D. communia praediorum 8, 4.

liktion seines Gebäudes konnte er sich dieser Pflicht entziehen. Als in der letzten Zeit der Republik die sich entwickelnde römische Rechtswissenschaft das Prinzip formulierte, wonach die Servitut ein Tun nicht erzwingen könne, entstand die Frage, ob dieser Grundsatz auch auf die servitus oneris ferendi anzuwenden sei; Aquilius Gallus bejahte sie, Servius Sulpicius und Labeo aber nahmen die hergebrachte Praxis in Schutz.[6] Demzufolge behielt es bei ihr sein Bewenden. Dies hatte gute wirtschaftliche Gründe. Es entspricht den Interessen beider Teile, daß die tragende Mauer vom Eigentümer des dienenden und nicht vom Eigentümer des herrschenden Grundstücks repariert werde.[7] Die Logik erkennt zwar, daß die servitus oneris ferendi mit ihrer dem Eigentümer der dienenden Sache aufgelegten Reparaturpflicht den dinglichen Charakter nicht rein bewahre, vielmehr eine Mischung mit obligatorischen Elementen enthalte, aber die Logik nötigt uns nicht, ein zweckmäßiges Gebilde des positiven Rechts für unzulässig zu erachten.[8]

5) l. 33 D. de serv. praed. urb 8, 2. Paulus libro 5 epitomarum Alfeni digestorum: Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege aedium ita scriptum esset: „paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit", satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret. Alfenus begründet die Reparaturpflicht des Eigentümers der dienenden Sache durch Interpretation des herkömmlichen Bestellungsformulars. Denn wenn es zum Inhalt des Geschäftes gemacht werde „die Mauer soll im Stande bleiben, wie sie ist" so liege darin, sie müsse so *erhalten* werden, wie sie sei. Auf das Prinzip servitus in faciendo consistere nequit läßt sich Alfenus überhaupt nicht ein. Von „Spielerei" und „Verhüllung des Tatbestandes", wie Pernice, Parerga in der Zeitschr. der Sav. Stiftg., rom. Abt. Bd. 5 S. 94 findet, kann ich nichts sehen.

6) l. 6 §§ 2 und 3 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. § 3 Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti caeterarum servitutum intentio, vgl. l. 8 § 2 D. eod.

7) Für den Eigentümer der dienenden Sache wäre es sehr lästig gewesen, wenn der Servitutberechtigte ein selbständiges Refektionsrecht gehabt und die Mauer, die doch in der Regel vorzugsweise für das dienende Grundstück bestimmt ist, einseitig nach Maßgabe seines Interesses hätte herstellen dürfen. Verweigerte man aber dem Servitutberechtigten das Refektionsrecht, so mußte man die entsprechende Pflicht dem Eigentümer der dienenden Sache auflegen, wenn die Servitut Bestand haben und ihre Bestimmung erfüllen sollte. Auf diese Momente hat Elvers a. a. O. S. 61 aufmerksam gemacht. Vgl. auch Karlowa, röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 524.

8) Im Gegensatz zum römischen kannte das gemeine Recht sogar Belastungen, deren *Hauptinhalt* in einem Tun des jeweiligen Eigentümers der belasteten Sache besteht, z. B. in der Prästation von Renten oder von Holzdeputaten oder in der Leistung von Diensten. Solche Belastungen sind keine Servituten. Sie bilden ein Rechtsinstitut besonderer Art — die *Reallasten*. Früher nannte man die Reallasten wohl servitutes juris Germanici und behandelte sie nach Analogie der Servituten. Derzeit ist

3. An eigener Sache ist eine Servitut unmöglich — nulli res sua servit.[9] Demzufolge kann eine Servitut an der eigenen Sache nicht gültig bestellt werden. Daher erlischt die Servitut durch Konfusion, wenn der Servitutberechtigte das Eigentum der dienenden Sache erwirbt.

Der Ausdruck „fremde Sache" wird hier nur im negativen Sinne gebraucht, d. h. für eine Sache, die nicht im Eigentume des Servitutberechtigten steht. Wird daher die dienende Sache herrenlos, z. B. durch Dereliktion, so geht die Servitut nicht unter.[10] [11]

§ 200. Verhältnis der Servitut zum Eigentumsrechte.

Die Servitut kollidiert mit dem Eigentume der dienenden Sache. Sie hat vor ihm innerhalb ihrer Sphäre den Vorzug und hemmt also seine volle Ausübung.

Häufig betrachtet man die Servitut als einen ausgeschiedenen Eigentumsbestandteil.[1] Aber nur um eine Beschränkung des Eigentums, nicht um Ablösung eines Eigentumsbestandteils handelt es sich.[2] Sonst wäre stets ein Neuerwerb nötig, damit sich die abgetrennte

---

niemand darüber im Zweifel, daß die Reallasten eigenartigen Normen unterliegen. Vgl. BGB. §§ 1105 ff., Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 §§ 199 ff. S. 552. Übrigens haben die Römer auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes die Reallast gekannt. Dies hat Pernice, Parerga in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 5 S. 67 ff. näher nachgewiesen.

9) l. 26 D. de serv. praed. urb. 8, 2; RG. Bd. 47 S. 202.

10) Ein hierher gehöriger Fall war nach klassischem Rechte Freilassung eines Sklaven, an dem ein Ususfrukt bestand, Ulpian fragm. I § 19. Die abweichende Bestimmung Justinians in der l. 1 C. communia de manum. 7, 15 beruht auf Erwägungen der Zweckmäßigkeit. Ist Okkupation einer Servitut an einer herrenlosen Sache möglich, indem z. B. der Eigentümer eines an der Meeresküste belegenen Hauses nach dem Meere zu einen Balkon anlegt? Elvers erkennt sie an a. a. O. S. 30; wohl mit Recht.

11) Eine traditionelle Regel der Römer lautete: servitus servitutis esse non potest. Man schloß hieraus, daß der Eigentümer nicht gültigerweise an seiner Sache den Usus oder Ususfrukt eines Wegrechtes bestellen könne, l. 1 D. de usu et usu fructu. leg. 33, 2, und daß ein Servitutberechtigter keine Servitut auf seine Servitut legen dürfe, l. 33 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3; indessen hielt man beides, wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, keineswegs fest. Auch zog man die äußerst subtile Konsequenz aus jener Regel, daß der Proprietar nicht einmal mit Zustimmung des Nießbrauchers eine das Recht des letzteren affizierende Servitut bestellen könne, l. 15 § 7, l. 16 D. de usu fructu 7, 1. Vgl. jedoch auch Arndts § 179 Anm. 5. Der Grundsatz servitus servitutis esse non potest wurde von den späteren römischen Juristen, wie aus l. 1 D. de usu et usu fructu leg. 33, 2 und l. 33 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3 hervorgeht, teils beseitigt, teils umgangen. Gemeinrechtlich hat er jedenfalls nicht gegolten, vgl. Adolf Schmidt in Bekkers Jahrb. Bd. 3 S. 260 Anm. 27. Auch die Konsequenz, welche die l. 15 § 7, l. 16 D. de usu fructu 7, 1 zieht, kann daher keine Anerkennung mehr finden.

1) So Büchel, zivilrechtliche Erörterungen Bd. 1 n. 3 über Verpfändung der jura in re, Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 67; vgl. hiergegen Vangerow Bd. 1 § 338 S. 689 — siehe jedoch auch unten Anm. 3 — und Elvers a. a. O. S. 41, Windscheid Bd. 1 § 200 Anm. 3.

2) Dies gilt namentlich auch für den Nießbrauch, vgl. die oben § 69 Anm. 6 abgedruckte l. 63 D. de usu fructu 7, 1. Allerdings war ein vulgärer, wohl aus alter Zeit überlieferter Spruch: fructus portionis instar optinet, l. 76 § 2 D. de

Servitut mit dem Eigentume wieder vereinige, dem sie entfloß, dies ist aber keineswegs der Fall. Vielmehr konsolidiert sich das Eigentum unmittelbar und von selbst, sobald die Servitut erlischt. Daß es sich nicht um Ablösung und Übertragung eines Eigentumsbestandteiles handelt, tritt besonders darin zutage, daß der Inhalt der Servitut nicht immer identisch ist mit dem, was der Eigentümer einbüßt. Die servitus altius non tollendi z. B. hindert den Eigentümer der dienenden Sache am Bauen, aber dem Servitutberechtigten steht das Recht zum Bauen auf dem Nachbargrundstücke nicht zu, er hat nur ein Verbietungsrecht.[3]

Das Maß der Beschränkung des Eigentumes durch die Servitut ist nach mehreren Richtungen hin fraglich.

1. Wieweit behindert die Servitut den Eigentümer an konkurrierender Nutzung?

Die Servitut nimmt nicht selten die Nutzung der dienenden Sache ausschließlich oder doch vorzugsweise in Beschlag. Der Nießbrauch insbesondere gibt das Recht auf die volle Fruchtnutzung. Solange er besteht, darf der Eigentümer die Früchte nicht für sich in Anspruch nehmen. Prädialservituten ferner mit bestimmtem Umfange, z. B. Forstservituten auf eine bestimmte Quantität Holz, Weiderechte mit fixierter Stückzahl Vieh, geben schlechthin ein Vorzugsrecht vor dem Eigentümer. Das gleiche kann auch bei unbestimmten Prädialservituten der Fall sein, so daß sie bis zum Maße des Bedürfnisses des herrschenden Grundstückes dem Eigentume vorgehen.

Allein dies ist nicht notwendig. Häufig besteht gemäß der Bestellungsurkunde, dem Herkommen, der Gesamtheit der Umstände der Sinn der Servitut darin, daß der Servitutberechtigte und der Eigentümer nebeneinander nutzen sollen; das wird z. B. die Regel sein, wenn dem Nachbar ein Recht auf Wasserschöpfen aus einem Brunnen eingeräumt ist. Reicht also das Wasser infolge der Vergrößerung des Bedürfnisses oder teilweisen Versiegens der Quelle nicht für beide aus, so hat eine die Interessen beider Teile gleichmäßig berücksichtigende Regulierung einzutreten. Ebenso verhält es sich bei unbestimmten Weideservituten.[4]

---

leg. II. Aber die römische wissenschaftliche Jurisprudenz erkannte an, daß der Satz keine volle Wahrheit enthalte. Papinian insbesondere erklärte l. 33 § 1 D. de usu fructu 7, 1: usum fructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit. Paulus in der l. 4 D. de usu fructu 7, 1 dreht die Sache um, usus fructus in multis casibus pars dominii est und verwirft den Spruch geradezu in l. 25 D. de V. S. 50 16 libro 21 ad edictum: recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter. Ähnlich schon Papinian in der l. 66 § 6 D. de leg. II. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 132.

3) Vgl. Scheurl in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 12 n. 7: dagegen Vangerow Bd. 1 § 338 S. 689.

4) Vgl. Glück Bd. 10 S. 180 ff. und dort Angeführte; Seuffert, Erörterungen Bd. 2 S. 46 ff. Dagegen Vangerow Bd. 1 § 340 S. 716 und Windscheid Bd. 1 § 209 Anm. 13. In der l. 6 C. de servit. 3, 34 entscheidet Claudius a. 269 einen Fall, in dem ein Nachbar contra statutam consuetudinis formam eine größere

2. Da der Eigentümer auch nach Einräumung einer Servitut alle mit ihr verträglichen Befugnisse behält, so ist es ihm häufig möglich, die einem Berechtigten verliehene Gerechtigkeit noch anderen einzuräumen, natürlich unbeschadet der Rechte des ersten Servitutenerwerbers. Er kann z. B. eine Weggerechtigkeit, wie er sie dem Primus bestellte, auch dem Sekundus und Tertius verleihen, oder eine Wassergerechtigkeit sukzessive einräumen.[5]

3. Die Servitut ist schonend — civiliter — zu üben.[6] Der Servitutberechtigte muß also auf den Eigentümer und dessen Wirtschaft Rücksicht nehmen und selbst kleine Erschwerungen von dessen Seite dulden.[7] Seine Rechte dürfen aber hierdurch nicht im wesentlichen verkürzt,[8] klare Rechtstitel nicht gebeugt werden.[9]

Wassermasse in Anspruch nahm, als das dienende Grundstück entbehren konnte, und erklärt dies für unzulässig; denn es sei durum et crudelitati proximum ex tuis praediis propagari. Der Kaiser beruft sich nicht bloß auf Gewohnheit, sondern auch auf einen allgemeinen Gedanken, welcher dieselbe veranlaßte und der bei der Auslegung von Verträgen über Bestellung von Servituten Verwertung finden kann. Die l. 13 § 1 D. comm. praed. 8, 4 deutet einen verwandten Gesichtspunkt an. Vgl. BGB. § 1019.

5) l. 15 D. communia praediorum 8, 4. Paulus libro 1 epitomarum Alfeni digestorum: Qui per certum locum iter aut actum alicui cessisset, eum pluribus per eundem locum vel iter vel actum cedere posse verum est: quemadmodum si quis vicino suas aedes servas fecisset, nihilo minus aliis quot vellet multis eas aedes servas facere potest. l. 2 §§ 1 und 2 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Vgl. die l. 4 D. de aqua quotidiana 43, 20, l. 19 § 2 D. comm. div. 10, 3 über die actio communi dividundo und negotiorum gestorum zwischen den mehreren Servitutberechtigten.

6) l. 9 D. de serv. 8, 1. Celsus libro 5 digestorum: Si cui simplicius via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Dies alles gilt nicht bloß für Grundgerechtigkeiten, vielmehr nicht minder für persönliche Servituten. Übereinstimmend BGB. § 1020. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 166 S. 475.

7) Es besteht beispielsweise ein Recht der Durchfahrt über den Hofraum des Nachbarn. Dieser läßt da, wo der Servitutberechtigte bisher offen einfuhr, zur Sicherung seines Eigentums ein Tor errichten und es mit einem Riegel verschließen, so daß nun der Servitutberechtigte, ehe er durchfahren kann, sich in den Hofraum des Nachbarn begeben und dort mittels Zurückschieben des Riegels das Tor öffnen oder den Nachbarn zur jeweiligen Öffnung veranlassen muß. Kann der Servitutberechtigte Beseitigung des Tores oder doch des daran befindlichen Riegels fordern? Die Entscheidung hängt davon ab, ob es sich in der Tat um eine erhebliche Erschwerung des Rechtes der Durchfahrt handelt. Dies ist insbesondere dann nicht anzunehmen, wenn die Durchfahrt nicht regelmäßig, sondern nur bei besonderen Gelegenheiten zur Ausübung kommt. Seuffert, Archiv Bd. 12 n. 7, Bd. 24 n. 14, 16.

8) Das Ortsübliche ist hierbei vor allem maßgebend. Es genügt, z. B. bei einer Viehtrift, daß der Wegeberechtigte die Herde in der Art, wie die Landleute der Gegend ordnungsmäßig zu tun pflegen, über den Weg treibt; besondere Maßregeln, um das Überlaufen des Viehes vom Wege zu verhindern, hat er nicht zu treffen. Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 103.

9) Die Verlegung der Servitut auf ein anderes Grundstück des Eigentümers der dienenden Sache darf dem Servitutberechtigten nicht aufgenötigt werden, selbst wenn sie dem Servitutberechtigten keinen erheblichen Schaden brächte. Denn dies wäre nicht Modifikation der Ausübung der bestehenden Servitut, sondern deren Aufhebung und Begründung einer neuen Servitut. Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 118. Die Verlegung auf einen anderen Teil des belasteten Grundstücks kann zulässig sein, BGB. § 1023.

Zweites Kapitel.

Die Prädialservituten.

I. Allgemeine Grundsätze.

§ 201. Begriff und Wesen der Prädialservituten.

Prädialservituten — Grunddienstbarkeiten — sind mit einem Grundstücke verknüpfte, zu dessen Nutzen bestimmte dingliche Rechte an fremden Immobilien.[1] Sie fordern also ein herrschendes und ein dienendes Grundstück.

Die Prädialservituten kommen dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstückes zugute. Sie stehen jedem Nachfolger des ersten Erwerbers zu, mag er das Grundstück nun durch Universal- oder Singularsukzession[2] oder in anderer Weise, z. B. durch Ersitzung erlangen.[3] Sie verbinden sich also derart mit dem Immobil, daß sie ihm wie eine Eigenschaft zugehören.[4]

Diese Rechtsbildung entsprach keineswegs den Grundanschauungen der Römer. Nach ihnen erschafft das Individuum seine Rechte selbsttätig und bindet sie an seine Person und an diejenige seiner Erben. Die Verknüpfung von Rechten mit einem Grundstücke war den Römern fremd.

---

1) l. 1 § 1 D. communia praediorum 8, 4. Ulpianus libro 2 institutionum: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

2) l. 12 D. comm. praed. 8, 4. Paulus libro 15 ad Sabinum: Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem condicione serviunt. Vgl. auch l. 47 — l. 49 D. de contr. empt. 18, 1.

3) Vgl. l. 23 § 2 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Paulus libro 15 ad Sabinum: Si fundus serviens vel is cui servitus debetur publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur.

4) l. 86 D. de V. S. 50, 16. Celsus libro 5 digestorum: Quid aliud sunt „jura praediorum“ quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo; l. 12 D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6. Die Zusammenstellung der juristischen und der natürlichen Eigenschaften eines Grundstückes ist geistreich, keinesfalls aber als Identifizierung zu denken, vgl. übrigens Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 97 ff. Manche bezeichnen die Prädialservitut als „Erweiterung des Eigentumes“, wofür man sich auf l. 5 § 9 D. de operis novi nuntiatione 39, 1 zu berufen pflegt. Hiergegen führt Schönemann a. a. O. S. 105 mit Recht aus: das Eigentum an der herrschenden Sache ist die volle rechtliche Herrschaft über dieselbe; der Erwerb einer Prädialservitut aber ist keine Erweiterung der Herrschaft über diese Sache, sondern die Hinzufügung eines Stückes Herrschaft über eine andere Sache. Die Römer bezeichnen denn auch die Servituten als „unkörperliche Sachen“, obgleich sie dem Eigentum hinzutraten, welches als etwas „Körperliches“ gilt, l. 14 D. de serv. 8, 1.

Das deutsche Recht dagegen hatte die Neigung, die rechtlichen Beziehungen der Grundstücke ein für allemal durch Rechtsordnungen zu bestimmen, welche den Wechsel der Individuen überdauern, daher sind in Deutschland die Grundgerechtigkeiten von jeher weit mehr begünstigt als in Rom.[5]

Nach römischer Auffassung ist das Grundstück das Medium, an welches die Rechte des jeweiligen Eigentümers geknüpft sind. Folgerecht kann die Prädialservitut vom herrschenden Grundstücke nicht getrennt, nicht einmal ihr Gebrauch übertragen werden. Gegen diese Rechtskonsequenz kämpfte jedoch die Utilität und das Bedürfnis des Lebens an, und zwar nicht ganz ohne Erfolg. Wenigstens bei Wasserleitungen konnte der Eigentümer der dienenden Sache dem Wasserleitungsberechtigten das Recht einräumen, auch Dritten den Wassergenuß zu überlassen.[6]

5) Manche Schriftsteller fassen das herrschende Grundstück geradezu als das Rechtssubjekt der Prädialservitut, — als eine juristische Person auf und suchen so die Verknüpfung der Servitut mit dem Grundstücke logisch zu rechtfertigen. So namentlich Böcking, Inst. § 62 d, Pand. Bd. 1 § 38. Dagegen aber die späteren Schriftsteller, vgl. Elvers S. 95, Windscheid Bd. 1 § 57 Anm. 10. Für diese Anschauung scheint die Redeweise der Quellen zu sprechen, wonach die Servitut „dem Grundstücke zusteht", „ihm geschuldet wird". Vgl. z. B. l. 12 D. de serv. 8, 1 „fundo recte servitus adquiritur", l. 31 D. de serv. praed. rust. 8, 3 „fundo servitutem aquae quaesierat", l. 13 pr. D. eod. und gar l. 30 § 7 D. de neg. gest. 3, 5 „sententia praedio datur". Arndts a. a. O. weist darauf hin, daß sich auch findet „pecori cui adpulsus debetur" l. 1 § 18 D. de aqua cottid. 43, 20 und „ager itineri aut actui servit", l. 13 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Die römischen Juristen waren bemüht, ihren Gedanken einen anschaulichen und passenden Ausdruck zu geben, sie haben aber nicht jede Wendung so zugespitzt, daß man aus ihr ein Dogma herleiten könnte. Damit hätten sie sich jeder Freiheit begeben. Unbefangen bezeichnen sie an anderen Orten den Eigentümer des herrschenden Grundstückes als den Berechtigten, z. B. in l. 17 § 3 D. de serv. praed. urb. 8, 2 „pollicetur venditor sibi servitutem deberi", ferner in der oben Anm. 1 abgedruckten l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 4 und in l. 30 § 1 D. de serv. praed. urb. 8, 2. — Der Ausdruck praedium serviens ist häufig, dagegen ist der Ausdruck praedium dominans den Quellen nicht geläufig. Besonders zu beachten ist es, daß die Servitut durch Konfusion erlischt, wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstückes zugleich Eigentümer des dienenden wird. Wäre das Grundstück das Rechtssubjekt, so stünde in einem solchen Falle der Fortdauer der Servitut nichts im Wege, man müßte sie höchstens als ruhend erachten, solange die beiden Grundstücke in derselben Hand wären. Auch BGB. § 1018 besagt: Ein Grundstück kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks belastet werden.

6) l. 44 D. locati 19, 2. Ulpianus libro 7 ad edictum: Locare servitutem nemo potest. l. 24 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est. Vgl. übrigens l. 1 § 16 D. de aqua cottidiana 43, 20, l. 33 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Africanus libro 9 quaestionum: Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest. — Das pactum und die stipulatio, von denen hier gesprochen wird, ist ein bei der Bestellung der Wasserleitung zugefügter, das Servitutenrecht erweiternder Nebenvertrag. Meist betrachtet man jedoch den Vertrag über die Einräumung des Schöpfrechtes als das pactum, von welchem der Jurist spricht. Infolgedessen kommt Vangerow Bd. 1 § 338 S. 695 zu dem Resultate, „daß der haustus ex rivo hier nicht als dingliches Recht, sondern nur als obligatorisches Recht durch pactum oder stipulatio konstituiert werde".

Das herrschende Immobil kann ein unbebautes — praedium rusticum — oder ein Gebäude — praedium urbanum — sein. Auch zugunsten eines künftig zu errichtenden Gebäudes kann die Servitut bestellt werden.[7][8]

§ 202. Einteilungen der Prädialservituten.

1. Die oberste Einteilung der Prädialservituten war den römischen Juristen diejenige in Felddienstbarkeiten — servitutes praediorum rusticorum — und in Gebäudedienstbarkeiten — servitutes praediorum urbanorum.[1]

Zu den Felddienstbarkeiten gehören Rechte auf Weg — iter, actus, via —, auf Wasser — aquaeductus —, sowie auf landwirtschaftliche Nutzungen,[2] zu den Gebäudeservituten Rechte zu baulichen Konstruktionen des herrschenden Gebäudes auf fremden Grundstücken — z. B. oneris ferendi — und auf Aussicht und Licht.[3]

Was war das Einteilungsprinzip? Maßgebend war die Beschaffenheit des herrschenden Grundstückes. Servituten, die in der Regel Feldgrundstücken zustanden, klassifizierte man als Felddienstbarkeiten und diejenigen, welche regelmäßig Gebäuden angehörten, als Gebäudeservituten.[4] Feldgrundstücke sind aber nicht bloß landwirtschaftliche, sondern auch sonstige unbebaute Plätze, z. B. Abladestätten, Trockenplätze.

Servituten, die in der Regel Gebäuden zustehen, können im einzelnen Falle einem Feldgrundstücke dienen, z. B. die freie Aussicht einem Park und die servitus oneris ferendi einer Weinbergsterrasse. Dann sind sie für diese Fälle Felddienstbarkeiten.[5] Umgekehrt kommen Wegerechte und

---

7) l. 23 § 1 D. de serv. praed. urb. 8, 2. Pomponius libro 33 ad Sabinum: Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.

8) Auch zugunsten eines Grabdenkmals wurden Servituten gültig bestellt, l. 14 § 1 D. de serv. 8, 1, l. 1 D. si serv. vind. 8, 5. Gemeinrechtlich kamen Servituten zugunsten wie auch zu Lasten von selbständigen Gerechtigkeiten, insbesondere von Bergwerken, sowie von größeren territorialen Kreisen, z. B. ganzen Ortschaften vor. RG. Bd. 4 S. 132, Bd. 7 S. 167. Die Berechtigung kann zugunsten der Gemeindeglieder allgemein sein, z. B. des Inhalts, daß ein Park dem Publikum zum Besuche offen stehen soll — RG. Bd. 14 S. 214 — oder zugunsten bestimmter Kategorien von Gemeindegliedern. Klagt die Gemeinde und erwirkt rechtskräftige Verurteilung, so macht dies Rechtskraft zugunsten der beteiligten Gemeindeglieder. Das einzelne Gemeindeglied hat kein Klagerecht; RG. Bd. 44 S. 145.

1) Zachariä von Lingenthal: über die Unterscheidung von servitutes rusticae und urbanae 1844; Vangerow Bd. 1 § 339 S. 700; Kindervater, Einteilung der servitutes in urbanae und rusticae in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 4; Hölder im Archiv. für ziv. Praxis Bd. 63 n. 4.

2) l. 1 pr. § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3, vgl. pr. § 2 J. de servit. 2, 3.

3) l. 2 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

4) Dies ist die derzeit herrschende Ansicht. Sie teilte Puchta § 183 Anm. f; Böcking, Instit. § 161 Anm. 12 ff. und Anhang I; Brinz Bd. 1 § 189; Arndts § 184 Anm. 3; im wesentlichen auch Windscheid Bd. 1 § 210 Anm. 2. Erhärtet wird sie durch § 1 J. de serv. 2, 3 „praediorum urbanorum sunt servitutes quae aedificiis inhaerent", vgl. auch § 3 J. eod. und l. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 3. Näheres in unseren früheren Auflagen.

und Wasserleitung zugunsten von Gebäuden vor und sind dann Gebäudeservituten.

2. Die neuere Doktrin teilt die Servituten in affirmative und negative ein.

Affirmativ sind diejenigen, welche eine unmittelbare physische Einwirkung auf das dienende Grundstück gestatten. Es gehören hierher die Servituten, deren Inhalt ein Haben bildet (serv. habendi), z. B. die s. oneris ferendi,[6] sowie diejenigen, welche zu einem Tun ermächtigen (serv. faciendi), z. B. zum Auftreiben einer Herde.

Negative heißen Servituten, die durch Verbote geltend gemacht werden — s. prohibendi —, z. B. die Servitut, welche dem Nachbarn untersagt, sein Gebäude zu erhöhen.

3. Man unterscheidet endlich ständige Servituten — continuae, und nichtständige — discontinuae.

Ständig sind im eigentlichen Sinne Servituten, welche einen dauernden Zustand sichern, sei es, daß er durch ein „Haben" oder ein „Verbietungsrecht" gewährleistet ist. Ständig nennt man aber auch Servituten auf ein „Tun", welches jederzeit zulässig ist. In diesem Sinne ist z. B. ein gewöhnliches Wegerecht ständig, obgleich physisch eine ununterbrochene Ausübung desselben natürlich nicht möglich ist.[7]

Unständig sind Servituten, die nur zu gewissen Zeiten oder bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden dürfen, z. B. das Recht, die Ernte abzufahren oder das Recht der Frühlingsbewässerung.[8]

§ 203. Nutzen der Servitut für das herrschende Grundstück.

Die Nachteile, welche die Servitut im Gefolge haben kann, — Behinderung des Eigentümers, falls Veränderungen der dienenden Sache nötig werden, Gefahr von Konflikten der Nachbarn über das Maß der Ausübung der Servitut — nimmt das Recht nur um erheblicher Vorteile willen in den Kauf. Insbesondere stellte das römische Recht strenge Anforderungen an die Prädialservituten, um das hohe Gut der Freiheit des Eigentums tunlichst zu wahren.[1]

1. Fundamentalerfordernis ist Nutzen der Grundgerechtigkeit für

---

5) So erklärt sich wohl l. 2 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Rusticorum praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere. Brinz Bd. 1 S. 766 nimmt an, es handle sich um Gebäude auf Feldgrundstücken, die nur Zubehör des Landgutes seien. Da nun das Gut die Hauptsache sei, so bezeichne man die Servitut um deswillen als Felddienstbarkeit.

6) Vgl. l. 20 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2.

7) l. 14 pr. D. de serv. 8, 1.

8) Das Recht der Wasserleitung durch Röhren ist eine servitus continua, auch wenn das Wasser nicht immer fließt. Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 14.

1) Schrader, zivilistische Abhandlungen 1816 Abschn. 2 n. 5: Wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten? Kohler a. a. O. S. 169.

das herrschende Grundstück. Die Servitut soll „praedio utilis" sein.[2] Damit ist gemeint, daß sie dem Berechtigten Vorteile durch Vermittelung des dienenden Grundstückes bringen muß.

In der Regel handelt es sich um pekuniären Nutzen, also Hebung des *Ertrages* des herrschenden Grundstückes. Aber auch in allgemein geschätzten *Annehmlichkeiten* kann der Vorteil der Servitut bestehen, z. B. in freier Aussicht oder in einem Springbrunnen.[3] Dinge, die wohl dem einen oder anderen angenehm wären, aber nicht allgemein als ein Gut gewürdigt werden, können den Inhalt von Prädialservituten nicht bilden, z. B. nicht das Recht, in fremden Gärten spazieren zu gehen, dort zu speisen.[4]

Was ferner bloß der *Person* des Eigentümers, nicht dem Nutzen seines *Grundstückes* dient, z. B. einem auf dem Grundstücke, aber nicht mittels des Grundstückes betriebenen Gewerbe,[5] kann nicht den Inhalt einer Prädialservitut bilden. Dagegen steht der Einräumung einer Servitut nichts im Wege, wenn sie zwar für den zeitigen Eigentümer des Grundstückes ohne Vorteil, aber dem Grundstücke objektiv nützlich ist.[6]

Das Bedürfnis des herrschenden Grundstückes bestimmt das *höchste Maß der Servitut.*[7] Die Prädialservitut wird in der Regel

---

2) Vgl. B.G.B. § 1019: „Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet. Über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden." Die römischen Juristen sprechen dies nicht so abstrakt aus. Sie forderten zunächst Vizinität und Perpetuität. Erst allmählich trat die Utilität als bestimmend hervor, l. 5 D. si serv. vind. 8, 5.

3) l. 3, 12, 15 D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 3 pr. D. de aqua cottidiana 43, 20. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

4) l. 8 pr. D. de serv. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. Vgl. Schrader, zivilistische Abhandlungen Abt. II n. 6. Eine porticus ambulatoria kann man sich als Urbanalservitut bestellen lassen, l. 8 § 1 D. si serv. 8, 5. Woher der Unterschied? Es ist etwas anderes, einen bestimmten Platz zum ausschließlichen Gebrauche auf fremdem Grundstücke zu haben, und etwas anderes, da zu spazieren und zu speisen, wo der Eigentümer der dienenden Sache und seine Familie und Gesinde gleichen Zutritt haben. Im letzteren Falle ist der Wert der Berechtigung von persönlichen Beziehungen abhängig. Die Freude am Aufenthalte im fremden Garten wird durch unfreundliches Verhalten des Eigentümers leicht vergällt, ohne daß man diesem ernstlich beikommen kann. Vgl. Kohler a. a. O. S. 169.

5) Ebenso nimmt RG. Bd. 30 S. 207 an, daß Realservituten zugunsten eines auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gewerbes nur dann zulässig sind, wenn jenem Grundstücke für dieses Gewerbe eine bleibende Einrichtung gegeben ist.

6) l. 19 D. de serv. 8, 1. Labeo libro 4 posteriorum a Javoleno epitomatorum: Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, et si non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.

7) Beispielsweise gibt eine Servitut zur Gewinnung von Töpfererde das Recht auf das, was der Produktion des herrschenden Grundstückes und auch der Verwertung seiner Produkte, etwa in Gestalt von *Versandkrügen* dient; zum selbständigen Verkaufe von Töpferwaren darf die Erde dagegen nicht entnommen werden. l. 5 § 1, l. 6 pr. § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3.

für die Dauer geschaffen. Im Laufe der Zeiten ändern sich Benutzungsweise und Bestimmung des herrschenden Grundstückes. Tritt infolgedessen eine Verringerung des Bedürfnisses ein, so mindert sich der Umfang der Servitut. Wie aber, wenn sich das Bedürfnis vermehrt? Dies bleibt notwendig ohne Einfluß, wenn die Servitut von fixiertem Umfange ist, z. B. das Recht der Weide mit einer bestimmten Stückzahl gibt. Fehlt die bestimmte Begrenzung, dann bildet nach der einen Ansicht im Zweifel das Bedürfnis zur Zeit der *Bestellung* die dauernde Norm.[8] Nach einer anderen schmiegt sich die unbestimmt gelassene Servitut elastisch dem *jeweiligen Bedürfnisse* an. Das Richtige liegt in der Mitte. Da die Wandelbarkeit der Benutzungsweise eine naturgemäße und voraussehbare ist, so läßt sich nicht annehmen, daß der status quo, wie er bei Begründung der Servitut bestand, jederzeit maßgebend sein sollte, vielmehr unterliegt die Sache gesteigerten Ansprüchen, wenn die Zeitverhältnisse und die wirtschaftlichen Umstände eine veränderte Benutzungsweise des herrschenden Grundstückes, z. B. dessen intensivere Kultur, herbeiführen.[9] Dagegen kann das belastete Grundstück nicht für außerordentliche Veränderungen im herrschenden Grundstücke, welche eine erhebliche Erschwerung der Belastung herbeiführen, in Anspruch genommen werden.[10] Keinesfalls ist die Servitut in Fällen willkürlicher Vergrößerung der herrschenden Sache den hinzugefügten Flächen dienstbar.[11]

2. Nach altrömischem Rechte forderte die Servitut *Nachbargrundstücke*, praedia vicina, d. h. die Grundstücke mußten unmittelbar aneinander angrenzen.

Später begnügte man sich bei Urbanalservituten mit der Nützlichkeit der Servitut.[12] Die Grundstücke mußten *also nach ihrer Lage*

8) Dies verteidigt namentlich Jhering in seinem Rechtsgutachten in Sachen Stadt Bern contra Zentralbahn Basel 1877 S. 10. Er behauptet daher, als Maß einer ganz unbestimmten „Weidegerechtigkeit" würde für alle Zeiten diejenige Zahl der Kühe zugrunde zu legen sein, welche der Berechtigte nach dem damaligen Stande der Landwirtschaft hätte halten können. Dies nachzuweisen, wird seine Schwierigkeiten haben, wenn die Servitut aus alten Zeiten stammt.

9) Das *zeitige Bedürfnis*, nicht das der Zeit der Servitutbegründung erklärt hiernach l. 5 § 1 in fine D. de serv. praed. rust. 8, 3 als maßgebend.

10) Vgl. RG. Bd. 1 S. 331, OLG. Stuttgart in Seufferts Archiv Bd. 55 Nr. 68. Die Erschwerung einer Wegservitut, welche durch Verwandlung des herrschenden Grundstückes aus einem Forste in Ackerland erwächst, muß in der Regel der Eigentümer des belasteten Grundstückes dulden, die Erschwerung durch Anlegen eines Steinbruches oder einer Fabrik aber nicht.

11) l. 24, l. 29 D. de serv. praed. rust. 8, 3.

12) In dem altrömischen Prinzipe, daß die Grundstücke vicina sein, d. h. daß sie unmittelbar aneinander stoßen müßten, lag eine außerordentliche Beschränkung der Servituten. Nur allmählich und nur teilweise gelangte man dahin, hiervon abzusehen und sich damit zu begnügen, daß das dienende dem herrschenden Grundstücke Nutzen bringen könne. Für Felddienstbarkeiten hielt man an dem Requisit wahrer Vizinität dauernd fest, l. 7 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Paulus libro 21 ad edictum: In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit. Damit steht die l. 23 § 3 D. eod. von Paulus entschieden nicht im Widerspruche, wie Elvers S. 172 vermeint; denn das ist freilich gleichgültig, ob die Servitut am dazwischen liegenden Grundstücke jure oder patientia, d. h. nach prätorischem Rechte ein-

Nutzen ermöglichen, es war aber nicht notwendig, daß sie Nachbargrundstücke seien. Zulässig war z. B. eine Servitut zugunsten eines der Flußüberschwemmung ausgesetzten Grundstückes, wonach viele Meilen oberhalb belegene Grundstücke überströmendes Flußwasser aufzunehmen und abzuleiten hatten.[13]

3. Die Prädialservitut mußte endlich nach altrömischer Auffassung in sich die Gewähr der Dauer haben.

Daher ließ man ursprünglich weder Zeitbestimmungen noch Bedingungen bei der Bestellung der Servituten zu. Mit Anfang der Kaiserzeit aber erhielten solche Nebenbestimmungen Geltung.[14]

Außerdem aber forderte man eine causa perpetua,[15] d. h. die natürliche Beschaffenheit der dienenden Sache mußte die Ausübung der Servitut gewährleisten.[16] Insbesondere sollten Wasserleitungen und andere Wasserservituten, wodurch Wasserbehälter verändert werden, nur an lebendigen Quellen, nicht an Teichen, die sich auf andere Weise bilden, oder

---

geräumt ist. Vgl. übrigens auch l. 14 § 2 D. de serv. 8, 1. Bei Gebäudeservituten, insbesondere Aussichtsgerechtigkeiten, sah man von der Vizinität ab und begnügte sich mit der utilitas servitutis, wie dies wiederum Paulus in der l. 5 D. si serv. vind. 8, 5 hervorhebt, vgl. l. 4 § 8, l. 6 pr. D. eod., l. 1, l. 38, l. 39 D. de serv. praed. urb. 8, 2. Hiermit stimmt die Äußerung von Paulus in der l. 8 pr. D. de oper. novi nunt. 39, 1 überein: „et servitutes quaedam intervenientibus mediis locis vel publicis vel privatis esse possunt; desgleichen Ulpianus libro 28 ad Sabinum l. 6 pr. D. comm. praed. 8, 4: Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes an non. idem erit et in praediis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Die Gleichstellung der serv. praed. rust. mit den Urbanalservituten bezieht sich auf die Zulässigkeit der Reservation, nicht auf das Absehen der Erfordernisse der Vizinität der „aedes". Nur für diese genügt „Utilität" statt „Vizinität". Ihering in seinen Jahrb. Bd. 10 S. 533 will bei reservierten Servituten sowohl von Vizinität als von Utilität absehen. Dies ist aber nicht die Meinung der l. 6 pr. D. cit. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 110. Die neueren Schriftsteller identifizieren meist die Vizinität ohne weiteres mit der Utilität, vgl. Elvers § 18, Vangerow Bd. 1 § 340 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 209. Hiergegen namentlich Kohler a. a. O. S. 183, der auch für das BGB. an dem Erfordernisse der Vizinität festhält.

13) Wegfall der Vizinität in diesem Sinne behindert zwar die Ausübung der Servitut, bewirkt aber noch nicht den Untergang, l. 13 D. quemadm. serv. amitt. 8, 6. RG. Bd. 26 S. 167.

14) l. 4 pr. D. de serv. 8, 1. Vgl. Schrader, Abhandlungen S. 324.

15) Schrader, Abhandlungen S. 307. Perozzi perpetua causa nelle servitu prediali romane in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 14 S. 175 leugnet das Erfordernis der causa perpetua im röm. Rechte, vgl. hierüber Max Weber in der Zeitschr. der Sav.-Stiftg., rom. Abt. Bd. 14 S. 290.

16) l. 28 D. de serv. praed. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum: Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex caelo aquae veniat — neque enim perpetuam causam habet quod manu fit —: at quod ex caelo cadit, et si non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit et ideo perpetuo fieri existimatur. omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquae ductus potest. stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. Vgl. hierzu Kohler a. a. O. S. 192.

gar an Zisternen bestehen. Ganz folgerecht wurde die Anforderung der causa perpetua indessen nie durchgeführt.[17]

§ 204. Unteilbarkeit der Prädialservituten.[1]

Die Prädialservituten *sind unteilbar*, d. h. sie können sich nicht *an einen bloß ideellen Teil* eines Grundstücks *knüpfen* und nicht einen *bloß ideellen Teil* eines Grundstückes *belasten*.

1. Ein altes römisches Rechtssprichwort besagt, daß Servituten nicht nach Anteilen *erworben* und nicht nach Anteilen *aufgelegt* werden dürfen.[2] Alle Miteigentümer des herrschenden und alle Miteigentümer des dienenden Grundstückes müssen also zur Begründung der Servitut mitwirken. Ursprünglich wurde hierzu gleichzeitiges Handeln der Miteigentümer erfordert. Nach späterem Rechte reichte es aus, daß sie zu verschiedenen Zeiten einwilligten; der letzte Bestellungsakt konfirmierte die früheren.[3] In der Zwischenzeit durften die Miteigentümer der dienenden Sache, welche die Servitut bewilligten, ihrer Ausübung nicht entgegentreten.[4]

2. Die bestehende Servitut wird durch Ereignisse in der Person *einzelner Miteigentümer* der herrschenden oder der dienenden Sache nicht berührt — servitus per partes retinetur. Daher erhält sie sich namentlich in vollem Umfang, wenn ein Miteigentümer des herrschenden Grundstückes der Eigentümer des dienenden oder ein Miteigentümer des dienenden Eigentümer des herrschenden Grundstückes wird.[5]

---

17) l. 1 §§ 5, 7, 8 D. de aqua cottidiana 43, 20, vgl. ferner l. 23 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 1 § 4 D. de fonte 43, 22. Siehe dann aber auch l. 9 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 2 D. communia praediorum 8, 4.

1) Schrader, Abhandlungen S. 284. Dort wird als gute Dissertation angeführt: Uhland praes. Gmelin diss. de servitutum natura dividua et individua, Tubing. 1810; eine weitere Dissertation ist von Heinzelmann, die Unteilbarkeit der Servituten — 1852, Titel ohne Jahreszahl, vgl. hierüber Kuntze in der Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 546. Siehe auch Steinlechner, Wesen der juris communio I §§ 15 bis 17, II § 36, David, Unteilbarkeit der Servit., Tübinger Inaug. Diss. 1888, G. Rümelin, Teilung der Rechte S. 25 und in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 424, Fritz Ehrhardt, die Teilbarkeit der Servituten, Greifswalder Inaug. Diss. 1899.

2) l. 32 D. de serv. praed. rust. 8, 3 dici solet „per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse". In l. 11 D. de serv. 8, 1 hat der Spruch die Form „pro parte dominii servitutem adquiri non posse".

3) l. 18 D. communia praediorum 8, 4 Paulus libro 1 manualium. Hier wird noch der Satz festgehalten: si is qui primus cessit vel defunctus sit vel alio genere vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur. Das von verschiedenen Miteigentümern erteilte Legat einer Prädialservitut wird sogar für ungiltig erklärt, wenn die Erbschaften zu verschiedenen Zeiten angetreten werden, also auch die Erwerbung des Legates in verschiedene Zeiten fällt; vgl. Schrader a. a. O. Es sind dies Überreste altrömischer Rechtsauffassung.

4) l. 11 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Celsus libro 27 digestorum: Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo suptili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

5) l. 8 § 1 D. de serv. 8, 1. Paulus libro 15 ad Plautium: Si praedium

Nur die Beschränkung auf ideelle Teile ist unzulässig; einer Beschränkung der Servitut auf körperliche Teile des herrschenden sowie des dienenden Grundstückes steht dagegen nichts im Wege.[6]

Im Falle körperlicher Teilung des herrschenden Grundstückes ist jedes getrennte Stück servitutberechtigt.[7] Setzt die Servitut jedoch gewisse Eigenschaften bei der herrschenden Sache voraus, so kommt sie nur solchen Stücken zugute, welchen diese Eigenschaft innewohnt.[8] War die Servitut an einen bestimmten Teil des Grundstückes geknüpft, z. B. an den Bauernhof eines Rittergutes, so verbleibt sie diesem Teil ganz auch nach der Zerstückelung.[9]

Ist die Servitut auf ein bestimmtes Maß beschränkt, so erhält nach der Teilung des herrschenden Grundstückes jede Parzelle einen ihrer Größe entsprechenden Anteil; das wird z. B. bei einem Weiderechte mit einer bestimmten Stückzahl Vieh befolgt.[10] War dagegen die Servitut eine unbemessene, z. B. eine Wegegerechtigkeit, so haben die Eigentümer jeder Parzelle gleichmäßig das volle Recht. Falls indessen hierdurch die Lage des belasteten Grundstücks erheblich erschwert wird, muß auch bei unbemessenen Servituten angemessene Teilung der Ausübung eintreten. Im Falle der Teilung des dienenden Grundstückes haftet die Servitut an jedem Stücke. Ruhte dieselbe aber auf einem bestimmten Teile des Grundstückes, so werden im Falle der Trennung die übrigen Teile frei.[11]

Die Unteilbarkeit der Servitut hindert nicht, daß sie, sei es durch Vertrag, sei es infolge Verjährung auf einen bestimmten Grundstücksteil eingeschränkt wird.[12]

---

tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat. l. 30 § 1 D. de serv. praed. urb. 8, 2. Vgl. BGB. § 1009.

6) l. 6 D. de serv. 8, 1. Paulus libro 21 ad edictum: Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest. l. 6 § 1 D. comm. praediorum 8, 4. RG. Bd. 14 S. 24. Nach älterem Rechte war wohl auch die Beschränkung der Servitut auf körperliche Teile der Sache unzulässig; vgl. Schrader a. a. O.

7) l. 6 § 1 D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6. Celsus libro 5 digestorum ... Celsus respondit: si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quae ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit. Vgl. Steinlechner a. a. O. Bd. 1 S. 59 Anm. 1, S. 60 Anm. 1 und dort Angeführte. BGB. § 1025.

8) An einer Sommerweide z. B. kann ein Trennstück des herrschenden Gutes nur partizipieren, wenn es imstande ist, mit seinen Futtermitteln wenigstens ein Stück Vieh zu überwintern. Denn die Fähigkeit, Vieh zu überwintern, ist Voraussetzung des Weiderechtes.

9) Vgl. hierzu BGB. § 1025 Satz 2: Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteile, so erlischt sie für die übrigen Teile.

10) l. 25 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Pomponius libro 34 ad Sabinum: Si partem fundi mei certam tibi vendidero, aquae ductus jus, etiamsi alterius partis causa plerumque ducatur, te quoque sequetur: neque ibi aut bonitatis agri aut usus ejus aquae ratio habenda est ita, ut eam solam partem fundi, quae pretiosissima sit aut maxime usum ejus aquae disideret, jus ejus ducendae sequatur, sed pro modo agri detenti aut alienati fiat ejus aquae divisio.

11) l. 6 § 1a D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6. Ebenso BGB. § 1026.

12) RG. Bd. 14 S. 211. l. 6 § 1 D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6. Vgl. auch BGB. § 1023.

II. Die einzelnen Grunddienstbarkeiten.

§ 205. Die Felddienstbarkeiten. Wegerechte.[1]

Die erste Stelle nehmen nach Alter und allgemeiner Wichtigkeit die Wegerechte ein.[2] Die Römer kannten drei Arten:[3]

1. Iter — Fußsteig, das Recht zu gehen, zu reiten,[4] sich in einer Sänfte tragen zu lassen. Das Recht war also für den Transport von Personen, nicht für denjenigen von Sachen bestimmt.

2. Actus — das Recht, Vieh, auch ungekoppelt, über das dienende Grundstück zu treiben. Die Befugnis, beliebig zu gehen, galt in der Regel als eingeschlossen. Der actus konnte aber derart eingeschränkt sein, daß man nur zu den Zwecken des Viehtreibens gehen durfte.[5] Selbst das Recht zum Fahren war im actus inbegriffen, es konnte aber ausgeschlossen werden.

3. Via endlich enthielt das Recht zu fahren. Damit war in der Regel auch die Befugnis, Vieh zu treiben und zu gehen verbunden.

Als regelmäßige Breite der via nahm man 8 Fuß an, und in der

---

1) Tit. Dig. de serv. praed. rust. 8, 3. — Die Römer erkannten nur bestimmte Typen von Servituten an. Jede neue Art mußte sich die rechtliche Anerkennung gleichsam erkämpfen. Modifikationen der einzelnen Arten durch Privatbelieben ließ man zu, l. 4 §§ 1 und 2 D. de serv. 8, 1. Nach gemeinem Rechte dagegen konnte man beliebige Arten von Grunddienstbarkeiten hervorrufen, sofern nur ihre allgemeinen Voraussetzungen vorhanden waren, an die einzelnen römischen Typen band man sich hierbei nicht. So auch nach BGB. Daher bemißt sich der Inhalt der Servituten vornehmlich nach der Vereinbarung; wenn sie in einer Ersitzung wurzeln, nach der Ausübungsweise während der Ersitzungszeit. Daher der Spruch: tantum praescriptum, quantum possessum, RG. Bd. 1 S. 335. Des weiteren ist der lokale Brauch zu berücksichtigen. Nur sofern es hiernach an einer Norm fehlt, sind die römischen Entscheidungen über den Inhalt einzelner Arten von Servituten maßgebend. Auch ohne besondere Vereinbarung gelten aber alle Befugnisse als eingeräumt, ohne welche die Servitut nicht zweckentsprechend ausgeübt werden kann — die sog. adminicula servitutis.

2) Vgl. Puchta, über die Wegservituten des römischen Rechtes in den kleinen Schriften u. 4, Elvers a. a. O. S. 385.

3) l. 1 pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3. Ulpianus libro 2 institutionum: Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquae ductus. iter est jus eundi ambulandi homini, non etiam jumentum agendi. actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento. via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet.

4) l. 7, l. 12 D. h. t. 8, 3 nach römischer Landesart. Für das Gehen ist der Italiener auch heute nicht. Der Fremde geht, der Italiener reitet oder fährt.

5) Es findet sich eine Antinomie über die Frage, ob ein actus „sine itinere" möglich sei. Ulpianus libro 17 ad edictum l. 4 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 spricht sich dafür aus: Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. Anderer Ansicht scheint Paulus libro 3 ad Sabinum l. 1 D. de adimendis legatis 34, 4: Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia numquam actus sine itinere esse potest. Paulus denkt an Entziehen des Gehens „schlechthin", dies würde den actus unmöglich machen, Ulpian wohl nur an das Entziehen des Rechtes zu „beliebigem" Gehen. Doch sind die Ansichten sehr geteilt. Siehe die verschiedenen Erklärungsversuche bei Vangerow Bd. 1 § 341 S. 718.

Umbiegung — in anfractum — 16 Fuß. Der Weg konnte jedoch breiter oder schmäler sein, sofern er nur zum Fahren ausreichte. Es war zulässig, Steine und Balken zu schleifen und Stangen zu tragen, jedoch unter Schonung der hängenden Früchte.[6]

Viele Neuere behaupten, unter via habe man eine hergerichtete Straße zu verstehen.[7] Dies entspricht den Quellen nicht. Actus und via unterscheiden sich vorzugsweise dadurch, daß dort das Fahren, hier das Viehtreiben fehlen kann. Sie stehen sich aber in ihrer regelmäßigen Erscheinung außerordentlich nahe.

In Deutschland kennt man Fußsteig, Viehtrift, Fahrweg und wendet die römische Theorie entsprechend an. Aber der Fußsteig gibt nicht das Recht zum Reiten, die Viehtrift, d. h. das Recht, Vieh ungekoppelt zu treiben, nicht die Befugnis zum Fahren, und der Fahrweg ermächtigt nicht, ungekoppelt Vieh zu treiben.[8]

Der Wegzug war entweder ein bestimmter — determinierter — oder ein wandelbarer — indeterminierter. War er noch unbestimmt, so konnte jeder Teil seine Feststellung betreiben, es sei denn, daß ständige Wandelbarkeit ausbedungen wurde. Die Feststellung des Weges stand dem Wegeberechtigten zunächst zu, jedoch mußte er die Interessen der dienenden Sache schonen.[9] Weigerte er sich, die Bestimmung zu treffen oder geschah sie in unangemessener Weise, so lag sie dem Richter ob.[10] Der Weg konnte rechtsgültig bestimmt sein; dann wurden die übrigen Teile des belasteten Grundstückes frei.[11] Sie wurden nicht wieder dienstbar, wenn der bestimmte Wegzug später wegfiel, z. B. durch Abspülung seitens des Flusses oder durch Zusammenbruch.

Durch stetige Übung konnte der Wegzug endgültig fixiert werden.[12]

---

6) Vgl. über die via l. 8, l. 13 §§ 2, 3, l. 23 pr. D. h. t. 8, 3, l. 6 § 1 d D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6, l. 7 D. h. t. 8, 3. Über hastam rectam ferre siehe Glück Bd. 10 S. 162, Vangerow Bd. 1 § 341 S. 720.

7) So zuerst Puchta, kleine ziv. Schriften S. 125, dann Elvers a. a. O., S. 396, Brinz Bd. 1 S. 769, Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 498, vgl. Windscheid Bd. 1 § 211. Die Ansicht Puchtas findet keine Unterstützung in den Quellen, namentlich nicht in der für sie angeführten l. 9 D. de serv. 8, 1. Ja sie steht mit ihnen in Widerspruch. Ihre Unrichtigkeit erhellt namentlich aus l. 6 § 1 c D. 8, 6. Celsus libro 5 digestorum: Ceterum si ita constitutum est jus viae, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, idque vel subinde mutare nihil prohibet atque ita divisus est fundus: si per quamlibet ejus partem aeque ire atque agi possit, tunc perinde observabimus atque si ab initio duobus fundis duae servitutes injunctae fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. Celsus behandelt an diesem Orte den Einfluß der körperlichen Teilung des dienenden Grundstückes auf die Servitut. Hierbei geht er davon aus, daß die via, gerade wie dies bei anderen Wegservituten der Fall ist, ebensogut einen unbestimmten Wegzug haben kann wie einen bestimmten. Dies ist aber mit der „hergerichteten Straße" nicht vereinbar.

8) Sommer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 3 n. 20.

9) l. 9 D. serv. 8, 1. Celsus libro 5 digestorum. Die l. 26 D. de serv. praed. rust. 8, 3, nach welcher der Erbe — also der Eigentümer der dienenden Sache — den Wegzug bestimmen soll, wenn eine Wegegerechtigkeit vermacht ist, bezieht sich auf ein Damnationslegat.

10) l. 13 § 3 D. h. t. 8, 3.

11) l. 13 § 1 D. h. t. 8, 3. Javolenus libro 10 ex Cassio: Si totus ager itineri aut actui servit, dominus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quae ita diffusa est, ut omnes glebae serviant, aut si iter actusve sine ulla determinatione legatus est: modo determinabitur et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit, ceterae partes agri liberae sunt: igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.

12) RG. Bd. 2 S. 159.

Der Wegeberechtigte war zur Herstellung des Weges und zur Vornahme der für den Weg nötigen Anlagen auf dem dienenden Grundstücke befugt.[13] [14]

§ 206. Andere Felddienstbarkeiten.

1. Das Recht der Wasserleitung — s. aquaeductus[1] — hatte die Leitung von Wasser *aus* einem fremden Grundstücke[2] oder *über* dasselbe zum Inhalt. Es gewährt gleichsam einen Weg für das Wasser.[3]

Dieses Recht konnte bald ununterbrochen zustehen, bald nur zu gewissen Zeiten, z. B. zur Sommerszeit — aqua aestiva[4] oder zur Frühjahrsbewässerung oder nach Tagen oder Stunden.[5]

Die Leitung geschah entweder in Röhren oder in offenen Gräben. Ausmauern der Gräben mußte besonders bedungen sein, sonst galt es als unzulässig.[6] Verwandlung von offenen Gräben in geschlossene war in der Regel gestattet, trotzdem hierdurch dem Eigentümer der dienenden Sache die Möglichkeit der Wassernutzungen entzogen wurde. Denn auf diese hatte er kein Recht.[7]

Das Recht zum Wasserschöpfen — s. aquaehaustus — konnte gleichfalls Prädialservitut sein. Bei den Römern war dies lange streitig, weil hierfür besondere Schöpfvorrichtungen nötig sind, die causa perpetua also zu fehlen schien.[8] Selbstverständlich schließt die Schöpfservitut den Zutritt zum Gewässer in sich,[9] desgleichen das Recht der Einrichtung aller zum Wasserschöpfen nötigen Anstalten.

In ähnlicher Weise schließt das Recht der Viehtränke — jus pecoris ad aquam appulsus — eine Viehtrift in sich, soweit sie zur Benutzung der Tränke erforderlich ist.[10]

2. Felddienstbarkeiten, welche den Raum des Nachbargrundstückes in

---

13) l. 10 D. de serv. 8, 1, l. 4 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

14) Zu den Wegerechten gehört die l. 23 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3 erwähnte Servitut, ein privates Gewässer zu befahren.

1) l. 1 pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3. Vgl. Keller, Pandekten § 166 und dort zitierte Dissertationen.

2) l. 4 D. de aqua cottid. 43, 20. Dahin gehört auch der sog. „Verkauf einer Quelle", Regelsberger Bd. 1 S. 432.

3) l. 15 D. h. t. 8, 3, l. 8 D. de aqua cottidiana 43, 20 „iter aquae".

4) Vgl. l. 1 §§ 2 und 3, l. 5 pr. D. de aqua cottidiana 43, 20.

5) Die Leitung kann eine indeterminierte sein, l. 21 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Bezüglich der Determination sind die bei den Wegservituten geltenden Grundsätze analog anzuwenden; vgl. l. 8 D. de aqua cottidiana 43, 20.

6) l. 17 § 1 D. de aqua 39, 3; vgl. auch l. 1 § 10, l. 3 § 1 D. de rivis 43, 21.

7) l. 2 D. de rivis 43, 21. Paulus libro 66 ad edictum: Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex jure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset; vgl. l. 3 pr. D. eod.

8) l. 2 D. comm. praediorum 8, 4, l. 4, l. 20 § 3 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 4 § 6 D. si serv. vind. 8, 5.

9) l. 3 § 3 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 10 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

10) Vgl. noch l. 1 § 18 D. de aqua cottidiana 43, 20 und Keller a. a. O. § 166 am Ende.

Anspruch nehmen, sind: Rechte der Anlage einer Hütte[11] oder einer Stallung oder des Aufhäufens von Steinen oder anderen Materialen auf dessen Boden.[12] Auch das Recht kommt vor, die Früchte eines Grundstückes in der Scheune des Nachbars aufzubewahren,[13] den Wein in dessen Kelter zu keltern.

3. Rechte auf Entnahme von Produkten aus dem Nachbargrundstücke, z. B. von Holz, Weide,[14] Steinen, Ziegeln,[15] wurden wohl erst in der Kaiserzeit als Prädialservituten anerkannt.

Servituten dieser Art, insbesondere auch die Holz- und Weideservituten waren im römischen Rechte wenig entwickelt; namentlich legte ihnen das strikte Erfordernis der Vizinität Fesseln an.[16]

§ 207. Gebäudeservituten.[1]

Gebäudeservituten knüpfen an das herrschende Gebäude teils Rechte zu baulichen Konstruktionen, teils zu Immissionen, teils Verbietungsrechte. Sie sind bald an ein bestimmtes Gebäude gebunden, so daß sie von dessen Erhaltung oder wenigstens dessen Ersetzung durch ein anderes verwandter Konstruktion abhängig sind,[2] bald stehen sie jedem Gebäude auf einem bestimmten Platze zu, z. B. eine Aussichtsgerechtigkeit.

1. Hierher gehörige Anlagen bilden entweder Überbau — projectum — oder Einbau — immissum.[3]

Rechte des Überbaues — s. protegendi et projiciendi — legitimieren zu Anlagen im Luftraume des Nachbargrundstückes, z. B. zu Erkern, vorspringenden Stockwerken, überragenden Dächern, übergreifenden Läden oder Fensterflügeln.[4]

---

11) l. 6 § 1 in fine D. de serv. praed. rust. 8, 3.
12) l. 3 § 2 D. de serv. praed. rust. 8, 3.
13) l. 3 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3.
14) l. 4 D. de serv. praed. rust. 8, 3.
15) l. 1 § 1, l. 5 § 1, l. 6 D. de serv. praed. rust. 8, 3.
16) l. 5 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3. Die Grundbesitzer halfen sich daher, wo es an öffentlichen Gemeindeweiden fehlte, unter Umständen durch Ankauf gemeinsamer Weidegründe, l. 20 § 1 D. si serv. vind. 8, 5. In Deutschland haben sich Forst- und Weideservituten üppig entwickelt. Ihre Darstellung gehört ins deutsche Privatrecht. Dort ist auch zu zeigen, daß diese Servituten in der neueren Zeit vielfach als kulturschädlich beseitigt wurden.

1) Tit. Dig. de serv. praed. urb. 8, 2. Keller, Pand. §§ 169 ff. und dort Zitierte; Schirmer, Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 161 ff.

2) l. 20 § 2 D. de serv. praed. urb. 8, 2; vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 Aufl. 4 S. 229 Anm. 357 und andererseits Schirmer, Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 12 S. 162.

3) l. 242 § 1 D. de V. S. 50, 16. Javolenus libro 2 ex posterioribus Labeonis: Inter „projectum“ et „immissum“ hoc interesse ait Labeo, quod projectum esset id quod ita proveheretur ut nusquam requiesceret, qualia maeniana — Erker — et suggrundae — Wetterdächer — essent: immissum autem, quod ita fieret, ut aliquo loco requiesceret, veluti tigna trabes quae immitteretur.

4) l. 2 D. h. t. 8, 2, l. 8 § 1 D. si serv. vind. 8, 5; vgl. l. 29 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

Rechte des Einbaues ermächtigen namentlich dazu, Balkenköpfe — tigna — oder auch andere Gebäudeteile auf dem Nachbargrundstücke ruhen zu lassen. Sie beschränken sich entweder auf die Befugnis zum Einlegen des Balkens — s. tigni immittendi[5] oder sie verbinden auch — als s. oneris ferendi — den Eigentümer des Nachbargrundstückes zur Reparatur der Stütze. Die Stütze kann eine Wand, ein Pfeiler, eine Säule sein. In Ermangelung anderer Vereinbarung geht die Reparaturpflicht auf Herstellung des früheren Zustandes.[6] Dem Servitutenberechtigten liegt während der Reparatur die Unterstützung des eigenen Gebäudes ob.[7] Miteigentümer des dienenden Grundstückes haften, wenn es zu einer Geldverurteilung wegen Unterlassung der Reparatur kommt, nur zum entsprechenden Teile.[8]

Als Servitut des Einbaues kommt ferner vor das Recht, Fenster in der Wand des Nachbarn anzubringen.[9]

Auch das Recht, ein Stockwerk, einen Keller oder Speicher des Nachbargrundstückes zu den Zwecken unseres Hauses ausschließlich zu benutzen,[10] eine Mauer dort zu haben, kommt als Prädialservitut vor.[11]

2. Gebäudeservituten bilden weiter Rechte zu Immissionen. Dahin gehört das Recht der Dachtraufe — s. stillicidii recipiendi oder immittendi — d. h. das Recht, das Regenwasser von einem Gebäude auf das Nachbargrundstück abtropfen zu lassen, ferner das Recht, das vom Gebäude abfließende Regenwasser durch eine Rinne in einem Strahle — s. fluminis — auf das Nachbargrundstück zu führen. Erschwerungen der Dachtraufe durch Veränderungen des herrschenden Gebäudes sind nicht gestattet. Als Erschwerung gilt dessen Erniedrigung, nicht aber dessen Erhöhung, ferner die Vorschiebung des Gefälles, nicht aber dessen Zurückziehung.[12] Auch das Recht, eine Kloake zum Abfluß von Unreinigkeiten

---

5) Vgl. l. 6 D. h. t. 8, 2. Eine gegenseitige servitus tigni immittendi, die durch Teilung eines Hauses mit einheitlichem Gebälk entstand, erwähnt l. 36 D. h. t. 8, 2.

6) Siehe oben § 199 Anm. 5 ff. Vgl. l. 6 § 5 D. si serv. vind. 8, 5.

7) l. 8 pr. D. si serv. vind. 8, 5.

8) l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5. Die Reparatur liegt dem Eigentümer, l. 6 § 3 D. eod. — wie auch dem Eigentumsbesitzer der dienenden Sache ob. Ob eine servitus tigni immittendi oder oneris ferendi beabsichtigt war, ergaben in Rom regelmäßig die Formeln der Bestellung. Der deutsche Sprachgebrauch kennt ähnliche bestimmte technische Ausdrücke nicht. Daher kann oft ungewiß sein, welche dieser Servituten beabsichtigt ist. Der Neigung des deutschen Rechts zur Bildung von Reallasten entspricht es, im Zweifel dem Eigentümer der dienenden Sache die Reparaturpflicht aufzuerlegen.

9) l. 40 D. h. t. 8, 2, l. 8 C. de serv. 3, 34. In der l. 4 D. h. t. 8, 2 spricht Paulus von einer servitus luminum. „Luminum in servitute constituta id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat.“ Damit ist aller Wahrscheinlichkeit nach nichts anderes gemeint, als das Recht, in fremder Wand Fenster anzulegen. Dies nehmen auch die meisten Schriftsteller an, die Meinungen sind aber geteilt. Vangerow Bd. 1 § 342 erörtert nicht weniger als zwölf Erklärungsversuche.

10) l. 47 D. de damno infecto 39, 2. Seuffert, Archiv Bd. 29 n. 11.

11) Es handelt sich hier also um superfiziarische Rechte, welche aktiv an ein Grundstück geknüpft sind.

12) l. 20 §§ 3 ff., l. 2 D. h. t. 8, 2. Varro de lingua latina V, 27: Fluvius, quod fluit, item flumen, a quo lege praediorum urbanorum scribitur: stillicidia

durch das Nachbargrundstück zu führen, ist nichts Seltenes.[13] Es sind ferner Servituten möglich, wonach der Nachbar Rauch oder Dunst in außergewöhnlicher Menge aufnehmen muß.[14]

3. Eine dritte Klasse bilden Verbietungsrechte.

Dahin gehört das Recht auf Licht — ne luminibus officiatur —, so daß der Ausblick aus unseren Fenstern oder Balkons auf den Himmel gesichert wird.[15] Im Zweifel kommt diese Servitut nicht bloß bestehenden, sondern auch künftig anzulegenden Fenstern zugute.[16] Der Lichtservitut verwandt ist das Recht auf eine bestimmte Aussicht — ne prospectui officiatur.[17] Durch beide Gerechtigkeiten sind wie Bauten, so auch Pflanzungen und Aufstapelungen von Materialien ausgeschlossen, wenn sie Licht oder Aussicht benehmen.[18] Dagegen steht die servitus altius non tollendi nur dem Höherbauen entgegen. Sie hindert je nach der Vereinbarung bald das Höherbauen schlechthin, bald nur das Bauen über eine gewisse Höhe hinaus.[19]

4. Häufig erwähnen die Quellen eine servitus altius tollendi, desgleichen die s. luminibus officiendi, stillicidii non avertendi. Dies scheint rätselhaft. Denn das Recht zum Höherbauen und die Befugnis, Nachbargrundstücken Licht zu versperren oder Regenwasser nicht aufzunehmen, ist Ausfluß des Eigentumsrechts an unserem Grundstücke. Bedarf es also einer Servitut, um uns derartige Rechte zu gewähren? Nach einer Erklärung durch die römischen Juristen sucht man vergebens. Die Neueren vertreten sehr verschiedene Ansichten. Zwei Auffassungen sind hier hervorzuheben:

a) Die eine geht davon aus, daß die Beseitigung der bisher auf einem Grundstücke lastenden servitus altius non tollendi von den Römern nicht als Befreiung, sondern als Begründung einer neuen positiven Servitut „altius tollendi" aufgefaßt worden sei. Die servitus altius non tollendi, nimmt man an, habe dem Grundeigentume einen Eigentumsbestandteil entzogen, die Wiedergewinnung desselben sei folgerecht Erwerb eines positiven Rechtes.[20] Dies entspricht aber nicht dem Prinzip, wonach die Servitut das Eigentum zwar beschränkt, aber ihm nichts endgültig entzieht.[21]

---

fluminaque ut fluant ita cadantque. Inter haec hoc interest, quod stillicidium eo quod stillatim cadat, flumen quod fluit continue.

13) l. 7 D. de serv. 8, 1; vgl. l. 1 §§ 4 und 6 D. de cloacis 43, 23.

14) l. 8 §§ 5 in fine ff. D. si serv. vind. 8, 5; vgl. unten Anm. 23.

15) l. 15, l. 16, l. 17 pr. §§ 1—3 D. h. t. 8, 2.

16) l. 22, l. 23 pr. D. h. t. 8, 2.

17) l. 3, l. 12, l. 16 D. h. t. 8, 2.

18) l. 12 D. h. t. 8, 2. Javolenus libro 10 ex Cassio: Aedificia, quae servitutem patiantur ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt: at si de prospectu est eaque obstatura sunt, non possunt, l. 32 pr. D. h. t. 8, 2, l. 8, l. 9 C. de serv. 3, 34.

19) Kann als Servitut das Recht bestellt werden, daß im Nachbarhause ein gewisses Gewerbe nicht betrieben wird? Dies ist nicht zu bezweifeln, wenn das Verbot dem herrschenden Grundstücke von Vorteil ist, z. B. die Feuersgefahr, welche sich an gewisse Gewerbe knüpft, beseitigt. Dagegen ist eine derartige Prädialservitut nicht anzuerkennen, wenn es sich nur um ein Konkurrenzverbot handelt, welches dem persönlichen Gewerbebetriebe des derzeitigen Eigentümers, nicht aber dem herrschenden Grundstücke zugute kommt; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 20 n. 15.

20) Hauptvertreter dieser Ansicht sind in neuerer Zeit Vangerow Bd. 1 § 342 Anm. 3 und Keller, Pand. § 172; siehe auch Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 278.

21) Vgl. oben § 200. Die römischen Juristen stehen entschieden auf dieser Seite, 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum . . . si, cum tibi ser-

Ein Mißgriff wäre es auch in praktischer Beziehung, das Recht des Grundeigentümers zum Bauen in seinem Grundstücke für alle Zeiten um deswillen als Servitut zu behandeln, weil irgend einmal eine entgegengesetzte Servitut bestand.[22]

b) Das Richtige ist folgendes. In den römischen Gemeinden bestanden zahlreiche lokale Bauordnungen. Sie beschränkten bauliche Anlagen teils im öffentlichen Interesse, dann waren sie zwingender Natur; teils bloß zugunsten der Nachbarn, dann konnten sie durch Gegenrechte außer Kraft gesetzt werden. Solche Gegenrechte nannte man s. altius tollendi, luminibus officiendi. Sie entstanden durch Vertrag oder Ersitzung. Sie bildeten wahre Servituten. Gingen sie unter, z. B. durch Konfusion, Nichtgebrauch, so wurde der gesetzliche Normalzustand wiederhergestellt.[23] [24]

Drittes Kapitel.

Die persönlichen Servituten.

§ 208. Die Arten der Personalservituten.

Die Prädialservituten dienen dem Nutzen eines Grundstücks, die Personalservituten einer bestimmten Person. Den Prädialservituten ist Perpetuität, den Personalservituten die Beschränkung auf Zeit eigentümlich. Die Prädialservituten ferner haben regelrecht nur eine begrenzte Nutzung des dienenden Objekts zum Inhalt, die wichtigste der Personalservituten dagegen gewährt die volle Nutzung der Sache.

---

vitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

22) Vgl. gegen Vangerow Max Cohn: über die servitus altius tollendi im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 n. 8. Dort werden auch andere Ansichten kritisiert.

23) Hierin zeigt es sich, „daß es sich bei derartigen Gegenrechten nicht um Aufhebung von „Beschränkungen", sondern um besondere das Eigentum erweiternde Rechte handelt." — In ähnlicher Weise wird in l. 2 § 10 D. de aqua 39, 3 eine Servitut gegenüber den gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen in betreff des Abflusses des Regenwassers erwähnt. Denselben Charakter hat die Servitut, wonach man dem Nachbargrundstücke in außergewöhnlicher Weise Rauch und Dampf zuführen darf, l. 8 § 7 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. oben § 162 Anm. 6 ff.

24) Auf einen bezüglichen Fall hat Max Cohn a. a. O. aufmerksam gemacht. Es war, wie bereits oben — § 163 Anm. 10 — bemerkt wurde, vielfach Lokalstatut römischer Städte, daß bei Neubauten „forma ac status antiquorum aedificiorum" nicht zum Nachteile der Nachbarn verlassen werden dürfe. Daß Servituten erworben werden konnten, welche die Abweichung von dieser Norm rechtfertigen, geht aus der l. 1 C. de servitutibus 3, 34 von Antoninus aus dem Jahre 211 hervor. Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet. Der erste Satz des Reskriptes weist den Anfragenden darauf hin, daß der Nachbar gegen Bauten, die ihm der alten Norm entgegen das Licht entziehen, negatorisch klagen könne. Aber der zweite Satz wahrt die Möglichkeit des Erwerbes eines Gegenrechts durch Ersitzung. Vgl. auch Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 529.

Die Römer kennen vier Typen von Personalservituten, vor allem den usus fructus, außerdem eingeschränktere Nutzungsrechte, nämlich usus, habitatio, operae servorum und animalium.

Der Nießbrauch ist die bei weitem häufigste Art der Personalservituten; er ist auch die älteste.

Personalservituten entstehen überwiegend durch letztwillige Verfügungen.[1] Doch ist auch Bestellung unter Lebenden sowie Adjudikation durch den Teilungsrichter möglich. Nießbrauchsrechte haben ihren Ursprung oft in familienrechtlichen Beziehungen von Gesetzes wegen. Es gehört hierher namentlich der Nießbrauch des Hausvaters an dem Vermögen seiner Hauskinder. Der gesetzliche Nießbrauch hat mehrfache Eigentümlichkeiten.[2]

Außer dem eigentlichen Nießbrauch — verus usus fructus — wird ein sog. uneigentlicher — quasi usus fructus — anerkannt. Der uneigentliche Nießbrauch ist ein dingliches Recht an fremder Sache, wie der eigentliche Nießbrauch. Er verfolgt die Zwecke des Nießbrauches, dem einen das Kapital zu sichern, dem anderen den Ertrag der Zwischenzeit zu gewähren, nur in anderer Form.

§ 209. Der Nießbrauch.[1]

Der Nießbrauch — usus fructus — ist das an eine Person geknüpfte dingliche Recht auf Gebrauch und Fruchtgenuß einer fremden körperlichen Sache unter Wahrung ihrer Substanz.[2]

Dem Nießbraucher gebührt der zeitweilige Ertrag der Nießbrauchsache, dem Proprietar verbleibt sie für die Dauer. Der Nießbraucher hat die Gegenwart für sich, der Proprietar die Zukunft.

Der Nießbrauch ist ein höchstpersönliches Recht,[3] also unvererblich und unveräußerlich.

a) Die Unvererblichkeit beschränkt den Nießbrauch auf Zeit, da mit dem Tode des Nießbrauchers das volle Eigentum wieder auflebt.

---

1) Die cautio usufructuaria wurde im prätorischen Edikte allein im Falle des „usus fructus legatus" gefordert, was darauf schließen läßt, daß bei deren erster Aufstellung andere Bestellungsweisen nicht bekannt waren; vgl. l. 1 D. usufruct. quemadmodum 7, 9, Lenel, edictum S. 296.

2) BGB. hat auch den Ausdruck vermieden, es spricht statt dessen von „Nutznießung".

1) Heinrich Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch 1864, im Buchhandel nicht verbreitete Inauguraldissert., nach dem Tode des Verfassers 1880 wieder abgedruckt. Von Älteren ist hier zu erwähnen Noodt, de usufructu libri II opp. tom. I.

2) Die bekannte römische Legaldefinition ist von Paulus libro 3 ad Vitellium l. 1 D. de usu fructu 7, 1: Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. So auch pr. J. de usu fructu 2, 4.

3) l. 3 § 3 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4 „personae cohaeret". Sehr wichtig war für das ältere römische Recht, daß der Nießbrauch durch jede capitis deminutio unterging; vgl. oben § 40 Ziff. 6. Dies galt also auch für die minima c. d. Justinian aber verordnete, daß diese Folge nur bei der capitis deminutio maxima und media eintreten sollte. l. 16 §§ 2 und 3 C. de usu fructu 3, 33.

Nach älterem Rechte gehörte die Unvererblichkeit zum Wesen des Nießbrauches. Er sollte nur temporär sein, damit keine Entwertung des Eigentumes einträte. Im späteren klassischen Rechte aber ist die Unvererblichkeit bloß die Regel, so daß es gestattet war, den Nießbrauch auf die Erben des Nießbrauchers zu erstrecken.[4] Offenbar ist das Beispiel der Superfizies und der Emphyteusis, welche als vererbliche dingliche Nutzungsrechte Anerkennung fanden, hier von Einfluß gewesen. Zwar ist der Nießbrauch eines jeden Erben ein neuer, so daß es auch einer neuen Kaution bedarf, aber dies ändert nichts an der Tatsache, daß der vererbliche Nießbrauch die Konsolidation des Eigentumes in unabsehbare Ferne hinausrückt, was das frühere Recht verhüten wollte.

b) Das Recht des Nießbrauches ist unveräußerlich. Seine Ausübung aber wurde veräußerlich.[5] Die Ausübung konnte verpachtet, oder auch ein für allemal, sei es entgeltlich, sei es unentgeltlich, abgetreten werden. Daher war auch Verpfändung und Pfändung der Ausübung des Nießbrauches zulässig.[6] Nießbrauchs-Zessionare und Nießbrauchs-Pfandgläubiger hatten dinglichen Schutz.[7]

Trotz der Abtretung und Ausübung des Nießbrauches bleibt das Recht an die Person des ursprünglichen Nießbrauchers gebunden.[8] Es

---

4) Dies ist freilich bestritten. Vgl. Pfersche in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 526. Aber die unbeschränkte Vererblichkeit ergibt l. 5 pr. D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Repeti potest legatus usus fructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte: nisi forte heredibus legaverit; vgl. l. 38 § 12 D. de verb. obl. 45, 1. Siehe auch Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 7. BGB. § 1061 bestimmt vorbehaltlos: „Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers."

5) Einige Schriftsteller nehmen an, im jüngsten römischen Rechte sei die Veräußerung des Rechtes selbst, nicht bloß diejenige der Ausübung des Nießbrauches zulässig geworden. So Dernburg der Ältere in Lindes Zeitschr. Bd. 2 n. 2 und Elvers a. a. O. §§ 27 und 28; siehe auch Blume in Iherings Jahrb. Bd. 34 n. 5. Dem ist nicht beizutreten. Vgl. Arndts, ziv. Schriften Bd. 1 n. 18, Berthold Haase in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 249. Besondere Beachtung verdient die l. 66 D. de jure dotium 23, 3 Pomponius libro 8 ad Quintum Mucium: Si usus fructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum. quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Die Stelle bezeugt bestimmt, daß das Nießbrauchsrecht an die Person des Nießbrauchers gebunden ist und daß nur die Ausübung übertragen werden kann.

6) ZPO. § 857 Abs. 3.

7) l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 458; Windscheid Bd. 1 § 205 Anm. 4; Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 191 Anm. 1; Haase a. a. O. Nach dem Recht des BGB. gilt dies nicht; vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 190 S. 532.

8) Der Zedent des Nießbrauches gibt durch die Zession das Recht auf, dem Nießbrauch ohne Einwilligung des Zessionars zu entsagen. Die Konsolidation des Nießbrauches durch Erwerb des Eigentumes kann dem bisherigen Nießbraucher das Recht

erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers; der Tod des Zessionars dagegen berührt es nicht, vielmehr geht die Ausübung auf dessen Erben über.[9] Auch bleibt der ursprüngliche Nießbraucher dem Proprietar verantwortlich und kautionspflichtig. Es ist seine Sache, sich durch die Kaution des Nießbrauchs-Zessionars zu decken.[10]

Gegenstand des Nießbrauches können Mobilien wie Immobilien sein, sofern sie ohne Verminderung oder Zerstörung der Substanz nutzbar sind. Nicht notwendig ist, daß sie einen Ertrag abwerfen. Es genügt daß sie dem Nießbraucher in anderer Weise, z. B. durch Befriedigung des Kunstsinnes oder von Liebhabereien dienen.[11]

Der Nießbrauch erfaßt mit der Nießbrauchsache deren Zubehör,[12] und zwar sowohl das bei seinem Beginne vorhandene, wie das zum Ersatze abgängiger Zubehörstücke angeschaffte. Er ergreift auch Inkorporationen und Alluvionen; dagegen nicht die Flußinsel, welche dem Eigentümer der Sache nach Uferrecht anfällt.[13]

Die vornehmste Befugnis des Nießbrauchers ist das Recht auf die Früchte und da dieses Recht seiner Natur nach teilbar ist, so gilt auch das Nießbrauchsrecht als *teilbar*.[14] Es tritt hierdurch in Gegensatz zu den übrigen Servituten, die sämtlich unteilbar sind. Demgemäß ist der Miteigentümer einer Sache befugt, an seinem ideellen Teil selbständig einen Nießbrauch zu bewilligen. Ferner kann der Alleineigentümer Nießbrauchsrechte an einem ideellen Teile seiner Sache einräumen. Namentlich ist es zulässig, den Nießbrauch mehreren zusammen derartig zuzuwenden, daß durch deren Konkurrenz ideelle Teile entstehen.[15]

---

nicht geben, seinem Zessionar die Nutzung zu entziehen. Windscheid Bd. 1 § 205 Anm. 4, RG. Bd. 16 S 110.

9) Hat der Erblasser den Nießbrauch jemandem unter der Auflage vermacht, ihn einem Fideikommissar abzutreten, so erwirbt der Fideikommissar infolge der Restitution einen selbständigen Nießbrauch und nicht bloß die Ausübung des Nießbrauchsrechts des Legatars, l. 4 D. quibus modis usus fructus 7, 4. Dies beruht auf der Kraft des letzten Willens.

10) Die Quellen behandeln diese Frage nicht.

11) l. 41 pr. § 1 D. de usu fructu 7, 1.

12) l. 15 § 6, l. 9 § 7 D. de usu fructu 7, 1. Ebenso BGB. § 1031 für Grundstücke.

13) l. 9 § 4 D. de usu fructu 7, 1, abgedruckt oben § 170 Anm. 12. Der Nießbrauch am Grundstücke gewährt kein Recht auf die Hälfte des Schatzes, die dem Proprietar als solchem zufällt. l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ebenso BGB. § 1040.

14) l. 5 D. de usu fructu 7, 1. Papinianus libro 7 quaestionum: Usus fructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. l. 49, l. 50 D. eod., l. 13 § 1 D. de acceptil. 46, 4. Der Nießbraucher eines ideellen Teils hat die Rechte des Proprietars auf Anteil an der Nutzung und der Verwaltung. Das Erkenntnis über die Teilungsklage für und gegen den Proprietar berührt ihn nur, wenn er zugezogen war.

15) Vgl. l. 1 pr. D. de usu fructu adcrescendo 7, 2. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quotiens usus fructus legatus est, ita inter fructuarios est jus adcrescendi, si conjunctim sit usus fructus relictus: ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus, sine dubio jus adcrescendi cessat. Das Nähere

§ 210. Rechte des Nießbrauchers.

1. Das wichtigste Recht des Nießbrauchers ist das auf die *Fruchtnutzung*.[1] Danach gebührt ihm im vollen Umfange das regelmäßige Einkommen aus der Nießbrauchsache zum Verbrauch, wie zur Veräußerung.[2] Erträgnisse, welche darüber hinausgehen und auf Kosten der Substanz erwachsen, gehören dagegen dem Eigentümer der Nießbrauchsache.

Was insbesondere die *Holzgewinnung* betrifft, so darf der Nießbraucher in *Waldungen*, welche zur regelmäßigen Holzproduktion bestimmt sind, Holz soweit schlagen, als es unbeschadet der Nachhaltigkeit der Produktion möglich ist. Hiernach steht ihm das Abholzungsrecht bei Nieder- oder Ausschlageholz unbedingt,[3] bei Nutzwaldungen anderer Art nach den Regeln ordentlicher forstmäßiger Bewirtschaftung zu.[4] Außerordentlicher Holzertrag von Forsten, z. B. infolge von Windbrüchen oder von Raupenfraß, gehört nicht zur Frucht; er fällt daher, soweit er den gewöhnlichen Jahresertrag überschreitet, dem Proprietar zu.[5] Einzelne auf dem Nießbrauchsgrundstücke stehende Bäume kann der Nießbraucher nach den Grundsätzen rationeller Wirtschaft für die Bedürfnisse des Nießbrauchsgrundstückes verwerten, zu anderen Zwecken darf er sie nicht schlagen. Abgehendes Holz, insbesondere dürre Äste, ferner ausgehende Bäume kann er sich aneignen; er muß diesen aber andere Bäume substituieren, wenn es zur Erhaltung des Grundstücks in gutem Stande erforderlich ist.[6]

Der Nießbrauch an einer *Herde* ist, wie bereits früher bemerkt wurde, verschieden von dem an einzelnen Tieren. Er begreift das regelmäßige *Herdeneinkommen* in sich, welches sich nicht bloß auf Milch, Wolle, Tierjunge, sondern auch auf die Reste gefallener Tiere und unter Umständen auf das Recht zum Verkauf von Viehstücken erstreckt, z. B. von Mastochsen. Dem Nießbraucher liegt dagegen *Ergänzung* — sog. *Summission* — aus den Tierjungen ob. Bis zu derselben ist das Eigentum am Jungvieh in der Schwebe.[7]

---

gehört der Lehre von den Vermächtnissen an. Auch BGB. § 1066 kennt Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers.

1) Vgl. oben § 66 über Begriff und Umfang der Früchte.

2) Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 236 nimmt an, daß das Recht des Nießbrauchers zum Verkauf erst einem späteren Entwicklungsstadium des römischen Rechts angehört, vgl. l. 12 pr. D. de usu fructu 7, 1.

3) l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1.

4) l. 9 § 7, l. 10, l. 11 D. de usu fructu 7, 1. Laspeyres, Nießbrauch an Waldungen im Archiv für ziv. Praxis Bd. 19 n. 4. Vgl. freilich auch Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 233. BGB. § 1038 gibt bei Waldungen jedem Teile das Recht, Aufstellung eines Wirtschaftsplanes zu verlangen.

5) l. 12 pr. D. de usu fructu 7, 1. Vgl. BGB. § 1039, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 187 S. 521.

6) l. 18 D. de usu fructu 7, 1.

7) l. 68, 69, 70 D. de usu fructu 7, 1. In l. 70 § 1 führt Ulpianus libro 17 ad Sabinum aus: Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita quae demortua sunt, cujus sit fetus quaeritur. et Julianus libro 35 digestorum

Steht ein Bergwerk im Nießbrauch, so gebührt dessen Ausbeute dem Nießbraucher.[8]

Der Nießbraucher erwirbt die natürlichen Früchte durch Perzeption, Tierjunge mit ihrer Separation.[9] Früchte, die bei Beendigung des Nießbrauches noch anstehen, gebühren dem Proprietar, auch wenn sie ausgereift waren.[10] Saat- und Baukosten kann der Nießbraucher auch für sie nicht beanspruchen.[11]

Bei bürgerlichen Früchten hat eine Teilung zwischen Proprietar und Nießbraucher nach Verhältnis der Nießbrauchszeit einzutreten.[12]

2. Der Nießbrauch gewährt ferner das Gebrauchsrecht. Bei Objekten, die einen Fruchtertrag nicht abwerfen, z. B. bei einer Bibliothek, einer Gemäldesammlung, beschränkt er sich auf diesen Gebrauch.[13]

Der Gebrauch ist der notwendige Begleiter der Fruchtnutzung, soweit er zur Bestellung und zum Erwerb der Früchte unentbehrlich ist. Gebrauchsrecht anderer Art kann dagegen fehlen. An einem Ziergarten z. B. kann einem Gärtner der Nießbrauch vermacht sein, einem anderen aber ausschließlich Promenade und Luftgenuß zu seiner und seiner Familie Erholung.[14]

---

scribit pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii: quae sententia vera est; siehe auch l. 12 § 5 D. eod. Vgl. Wächter, schwebendes Eigentum 1871 S. 11 ff.; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 223 und S. 300; Bendixen, Nießbrauch an einer Herde, Göttinger Inaug.-Diss. 1887; Czyhlarz Forts. von Glück, Bd. 1 S. 442; Rümelin, Selbstkontrahieren S. 148; Petrażycki, Einkommen S. 93. Über den Fall, daß ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauches ist, vgl. BGB. § 1048, über den Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen § 1035. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 188 S. 526, § 189 S. 529.

8) J. Gräff in der Zeitschrift für Bergrecht Bd. 1 S. 579, Schröder im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 n. 10 und 16. Vgl. auch BGB. § 1038 Abs. 2.

9) Siehe oben § 168 Anm. 5 und 6, vgl. aber auch Anm. 7 dieses §. Der Nießbraucher darf auch noch unreife Früchte an sich nehmen, wenn deren Gewinnung eine regelmäßige Einkommenquelle bilden kann. l. 48 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 42 D. de usu leg. 33, 2. In Frage kann dies kommen, wenn der Nießbrauch vor der Zeit der Fruchtreife endet. Nach BGB. § 954, vgl. § 955 Abs. 2, erwirbt der Nießbraucher die Früchte stets mit der Trennung.

10) l. 13 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4. Vgl. BGB. § 101.

11) Buchka und Budde, Entsch. des OAG. zu Rostock Bd. 4 S. 128 und in Seufferts Archiv Bd. 16 n. 274. Anders nach BGB. § 1055 Abs. 2 in Verbindung mit § 592. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 189 S. 530.

12) l. 26 D. de usu fructu 7, 1. Siehe Wächters Erörterungen Heft 1 S. 73 ff., Mommsen, Erört. Heft 1 S. 134 ff., Arndts zivil. Abh. Bd. 1 n. 17, Petrażycki, Fruchtverteilung S. 222, BGB. § 101.

13) Ertrag könnte der Nießbraucher aus einer Bibliothek freilich durch Vermieten ziehen. Häufig wird aber das Vermieten der Bücher den Intentionen des Bestellers des Ususfruktus zuwiderlaufen und um deswillen nicht gestattet sein.

14) Ein altes römisches Schlagwort war „fructus sine usu esse non potest", Pauli sent. III 6 § 24, l. 14 § 1 D. de usu 7, 8 von Ulpianus libro 17 ad Sabinum. Denn man kann keine Früchte von einer Sache gewinnen, wenn man nicht auf sie einwirken darf. Dies faßte die alte Jurisprudenz nach ihrer Art strikt. Man erklärte daher das Legat des „fructus deducto usu" geradezu für ungültig, und das Dogma der Ungültigkeit vererbte sich auf die spätere Zeit. Doch erkannte man später, daß jenes Diktum nur halbwahr sei, sofern ein selbständiges, über die Zwecke der Fruchtnutzung hinausgehendes Benutzungsrecht dem Nießbraucher fehlen kann. Daher führt

3. Der Gebrauch und die Fruchtnutzung bestimmen alle anderen Befugnisse des Nießbrauchers. Um ihretwillen hat er das Recht der *Innehabung*, und damit *Rechtsbesitz* und possessorischen Schutz.[15] Er kann ferner zu den Zwecken des Nießbrauches über das Objekt *tatsächlich verfügen*, ohne es indessen zu verschlechtern.

Ist ihm Umgestaltung der Sache gestattet? Ihre *wesentliche Bestimmung* darf er nicht ändern, aber nicht jede Freiheit in der Benutzung, nicht jeder wirtschaftliche Fortschritt ist ihm verschlossen. Es ist unzulässig, aus einem Park ein Ackergrundstück zu machen, aus einem Schloß ein Wirtshaus oder eine Fabrik, aber bei Objekten, die bloß um des Ertrages willen da sind, steht ein weiter Spielraum offen. Weinberge und Holzungen z. B. dürfen in Getreidefelder verwandelt, auf Landgütern Steinbrüche und Bergwerke eröffnet werden, vorausgesetzt, daß hieraus ein dauernder Vorteil erwächst, dessen Gewinnung nicht von besonderen Umständen abhängt, sondern jedem möglich ist.[16]

4. Es gibt Arten des Nießbrauchs, bei welchen dem Nießbraucher in mehr oder minder ausgedehntem Maße das Recht zusteht, die Substanz zu veräußern, obgleich er nicht ihr Eigentümer ist — sog. *Dispositionsnießbrauch*.[17]

Ulpianus libro 17 ad Sabinum in der l. 14 § 3 D. de usu 7, 8 aus: poterit apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas: veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit. Übereinstimmend ist l. 5 § 2 D. usufruct. quemadmod. caveat 7, 9 „si fructus sine usu optigerit". Vgl. l. 13 § 3 D. de acceptilatione 46, 4. — Die verschiedenen Ansichten der Neueren über den fructus sine usu stellt zusammen Vangerow Bd. 1 § 348. BGB. § 1030 Abs. 2 bestimmt: Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden. Danach ist auch ein fructus sine usu zulässig.

15) Vgl. oben § 154 Anm. 1 und 2, BGB. § 1036 Abs. 1.

16) Vgl. namentlich l. 13 §§ 4 ff. D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest . . . virdiaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deicere, ut forte hortos olitorios faciat vel aliud quid, quod ad reditum spectat. § 5. Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas ipse instituere possit: et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est . . . § 6. Si tamen quae instituit usufructuarius aut caelum corrumpant agri aut magnum apparatum sint desideratura opificum forte vel legulorum, quae non potest sustinere proprietarius, non videbitur viri boni arbitratu frui: sed nec aedificium quidem posituram in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit. § 7. Sed si aedium usus fructus legatus sit, Nerva filius et lumina immittere eum posse ait . . . sed neque diaetas transformare vel conjungere aut separare ei permittetur, vel aditus posticasque vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel virdiaria ad alium modum convertere: excolere enim quod invenit potest qualitate aedium non immutata. item Nerva eum, cui aedium usus fructus legatus sit, altius tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur, quia tectum magis turbatur. Vgl. noch l. 7 § 3, l. 8 D. eod. Die römischen Sätze über die Gebäude haben wohl nur auf Familienstammsitze Bezug, auf moderne Miets- und Spekulationshäuser sind sie ohne weiteres nicht anzuwenden. Siehe übrigens Keil im Archiv für ziv. Praxis Bd. 35 n. 11, Windscheid Bd. 1 § 203 Anm. 13. Vgl. BGB. § 1037: Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern; der Nießbraucher eines Grundstückes darf neue Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstückes dadurch wesentlich verändert wird.

§ 211. Die Rechte des Eigentümers und die Pflichten des Nießbrauchers.

I. Der Nießbraucher hat die Nießbrauchsrechte unbeschadet der Substanz, der Eigentümer die Eigentumsrechte unbeschadet des Nießbrauches. Daher kann der Eigentümer veräußern, verpfänden,[1] dingliche Rechte anderer Art bewilligen, soweit sie den Nießbrauch nicht beeinträchtigen, z. B. sein Grundstück mit einer servitus altius non tollendi belasten.[2] Auch darf er Rechte zugunsten der Nießbrauchsache erwerben.

Der Eigentümer behält den Eigenbesitz. Dies ist kein leeres Wort, wie manche vermeinen,[3] vielmehr ist er befugt, tatsächlich auf die Sache einzuwirken,[4] soweit dies ohne Störung des Nießbrauches möglich ist, und den Ausschreitungen des Nießbrauchers wie Eingriffen Dritter tatsächlich und durch possessorische Klage zu begegnen.[5]

Sein Eigentumsrecht und sein Besitz sichern ihm zwar die Substanz; aber doch nur bis zu einem gewissen Grade. Da dem Nießbraucher die Innehabung und damit die tatsächliche Verfügungsmacht über die Sache zusteht, so ist sein Tun und Lassen bestimmend für deren Schicksale; böser Wille und Nachlässigkeit des Nießbrauchers kann sie verschlechtern und zugrunde richten. Die Unversehrtheit der Sache ist daher dem Eigentümer nur dadurch gesichert, daß ihm der Nießbraucher zu ihrer ordentlichen Behandlung und Restitution *persönlich* verpflichtet wird.[6]

Dies geschah in Rom in der Weise, daß man vom Nießbraucher eine *cautio usufructuaria* forderte und bis zu deren Leistung die Herausgabe der Nießbrauchsache verweigerte.[7] Auch hier also hieß es „cavere“ oder „carere“.

---

17) Kohler, Dispositionsnießbrauch in Iherings Jahrb. Bd. 24 n. 4. Vgl. BGB. § 1048 über den Nießbrauch an einem Grundstück samt Inventar.

1) l. 2 C. de usu fructu 3, 33.

2) Über l. 15 § 7, l. 16 D. de usu fructu 7, 1 vgl. oben § 199 Anm. 11.

3) So Elvers a. a. O. S. 457.

4) l. 16 § 1 D. de usu 7, 8.

5) l. 15 § 6 D. de usu fructu 7, 1. Nach BGB. § 1036 ist der Nießbraucher unmittelbarer, der Eigentümer mittelbarer Besitzer.

6) l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Julianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo judicem dari, ut ejus arbitratu utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.

7) Den Inhalt der cautio usufructuaria ergibt l. 1 pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si cujus rei usus fructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et „usurum se boni viri arbitratu“ et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit. Zu diesen beiden Klauseln kommt dann noch als ergänzende dritte „dolum malum abesse afuturumque esse“ l. 5 pr. D. h. t. 7, 9, vgl. Lenel, edictum S. 296, 420. Horneman, die cautio usufructuaria, Hallesche Inaug. Diss. 1890. Gemeinrechtlich traten dagegen die Verpflichtungen des Nießbrauchers schon von *Rechts wegen* mit dem tatsächlichen Beginne des Nießbrauches ein; die *Kaution* diente hier nur zur *Verstärkung* der gesetzlichen Verpflichtung.

II. Die Verpflichtungen des Nießbrauchers gegen den Eigentümer sind folgende:

1. Kautionsbestellung. Von ihr hängt der Anspruch des Nießbrauchers auf die Detention der Sache ab. Klagt er vorher auf Herausgabe, so steht ihm die Einrede nicht bestellter Kaution entgegen.[8] Erlangt er die Detention der Nießbrauchsache ohne Kaution, so unterliegt er der Vindikation des Eigentümers.[9] Dieser darf auch kondizieren, d. h. auf Kautionsbestellung klagen;[10] alsdann aber kann sich der Nießbraucher ohne Zweifel durch Dereliktion des Nießbrauches von jeder Verantwortung befreien.

Die cautio usufructuaria war eine satisdatio, d. h. durch Bürgen zu versichern.[11] [12]

Im späteren römischen Rechte finden sich Abarten des Nießbrauches, bei welchen eine cautio usufructuaria nicht vorkommt. Dahin gehörte namentlich der Nießbrauch des Hausvaters an den Adventitien seiner Hauskinder.[13] [14]

Letztwilliger Erlaß der cautio usufructuaria war unzulässig, da sie als notwendiger Bestandteil eines echten Nießbrauches galt.[15]

2. Der Nießbraucher muß die Sache wie ein guter Wirt be-

---

8) l. 13 pr. D. de usu fructu 7, 1.

9) l. 7 pr. D. usufruct. quemadmod. caveat 7, 9. Ulpianus libro 79 ad edictum: Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit.

10) l. 7 pr. D. cit. — oben Anm. 9 — l. 5 § 1 D. de usu fructu earum rerum 7, 5. Man streitet über die rechtliche Grundlage und den Umfang dieser Kondiktion; vgl. einerseits Elvers a. a. O. S. 565, andererseits Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 142.

11) l. 13 pr. D. de usu fructu 7, 1, l. 5 § 1, l. 7 pr. D. usufruct. quemadmod. caveat 7, 9, Pauli sent. III 6 § 27; die Stipulation kommt nur dem Stipulanten und seinen Erben zugute. Veräußert daher der Stipulant die Nießbrauchsache, so bedarf es einer neuen Kaution, die der neue Eigentümer beanspruchen kann. l. 3 § 4 D. usufruct. quemadmod. caveat 7, 9.

12) Gemeinrechtlich genügte Pfandbestellung, ja in Fällen, wo andere Sicherung nicht zu beschaffen war, bloßer Eid, sog. juratorische Kaution, die freilich in Wahrheit keine Kaution mehr ist. Stryk, usus modernus h. t. §§ 2 und 3, Lauterbach, coll. theor. pract. h. t. § 10 und dort Zitierte, Holzschuher Bd. 2 § 116 Ziff. 12, Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 105. Siehe auch oben § 134.

13) Vgl. unten im Familienrecht.

14) Das gemeine Recht entband auch in zahlreichen anderen Fällen von der Nießbrauchkaution. Insbesondere hatte der Schenker dem Geschenknehmer keine Kaution zu leisten, wenn er das Eigentum verschenkte und sich den Nießbrauch vorbehielt. Seuffert, Archiv Bd. 31 n. 207. Von Kaution frei ist auch die Meierswitwe, welche nach dem Tode ihres Mannes die Wirtschaft fortsetzt. Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 157. BGB. § 1051 beschränkt sich auf die Vorschrift: „Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet, so kann der Eigentümer Sicherheitsleistung verlangen." Vgl. auch § 1067 Abs. 2 und Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 188 S. 527.

15) l. 7 C. ut in possessionem legatorum 6, 54. Alexander. Scire debetis fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse divum Marcum et divum Commodum constituisse: ut autem boni viri arbitratu is, cui usus fructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. So schon l. 6 pr. D. ut in poss. 36, 4. Vgl. l. 1 C. de usu fructu 3, 33. Vat. fragm. § 69.

handeln.[16] Jede Verschuldung, auch die seiner Leute, macht ihn haftbar für den Schaden.[17] Er ist daher verpflichtet, die Sache[18] durch persönliche Bemühungen und durch Aufwendungen aus eigenen Mitteln imstande zu halten. Er hat landwirtschaftliche Grundstücke zu bebauen,[19] Gräben auszuschlämmen, Deiche herzustellen, Weinstöcke, Obstbäume nachzupflanzen,[20] Zubehörungen zu ergänzen,[21] Gebäude zu reparieren.[22]

Immerhin beschränkt sich dies auf laufende Ausgaben, welche regelmäßig jahraus jahrein, wenn auch unter verschiedenen Formen wiederkehren.[23] Hierher gehören nur mäßige Aufwendungen, solche von außergewöhnlichen Dimensionen, z. B. die Kosten einer Reparatur der Nießbrauchgebäude von Grund aus, sind Sache des Eigentümers.[24] Dagegen können Anzeigen von der Notwendigkeit einer solchen Reparatur an den Eigentümer und vorläufige schützende Maßnahmen geboten sein.[25]

Der Nießbraucher hat die auf der Nießbrauchsache ruhenden Lasten zu tragen, also öffentliche Abgaben und Leistungen, wie auch Reallasten aus privatrechtlichen Titeln.[26] War die Nießbrauchsache für eine verzins-

16) l. 1 § 3 D. usufruct. quemadmod. caveat 7, 9 „facturum, quae in re sua faceret", Pauli sent. III 6 § 27 „omnia se usurum ac si optimus paterfamilias uteretur". Vgl. BGB. § 1036 Abs. 2.

17) l. 65 pr. D. de usu fructu 7, 1. Pomponius libro 5 ex Plautio: Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere.

18) Der Nießbraucher wird auch haftbar, wenn er verschuldet, daß Rechte verjähren, daß Dritte ersitzen. l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1, l. 1 § 7 D. usufructuar. quemadmod. caveat 7, 9.

19) l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

20) § 38 J. de rer. div. 2, 1, l. 18 D. de usu fructu 7, 1, vgl. freilich auch l. 59 pr. D. eod., wo wohl an Windbrüche und die außerordentlichen Kosten der Nachpflanzung gedacht ist.

21) l. 9 § 6 D. de usu fructu 7, 1.

22) Über die Verpflichtung des Nießbrauchers, die Sache zu versichern, vgl. BGB. §§ 1045, 1046, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 188 S. 524.

23) Vgl. Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 163. Ebenso BGB. § 1041: Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören.

24) l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit libro 18 digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat — also das Dach heil erhält: — si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta. l. 7 C. de usu fructu 3, 33. Es ist selbstverständlich, daß der Nießbraucher dann, wenn er selbst die Schuld daran trägt, daß eine Hauptreparatur notwendig wurde, diese aus eigenen Mitteln leisten muß.

25) Vgl. BGB. § 1042.

26) Vgl. die oben Anm. 24 abgedruckte l. 7 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Über die Alimentenbelastungen siehe Pernice, Parerga II in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 5 S. 77 ff. — Ältere gemeinrechtliche Juristen nahmen an, daß der Nießbraucher für außerordentliche Leistungen, z. B. in Kriegsfällen, soweit sie die Summe seines Gewinnes übersteigen, vom Proprietar Ersatz fordern könne; vgl. Glück Bd. 9

liche Schuld verpfändet, so ist die Entrichtung der Zinsen nach römischem Recht grundsätzlich Sache des persönlichen Schuldners, da die Pfandsache nur akzessorisch für die versicherte Forderung haftet.[27]

Der Eigentümer kann gegen den Nießbraucher bereits während der Nießbrauchszeit klagen.[28] Er darf aber mit seinen Ansprüchen auch nach Ende des Nießbrauches hervortreten.

3. Nach Endigung des Nießbrauches ist die Nießbrauchsache mit ihrem Zubehör zu restituieren.[29] Jeder Teil kann bei Aushändigung der Nießbrauchsache für die Herstellung eines *Inventars* Sorge tragen,[30] wobei er entweder die Anerkennung des anderen Teiles oder sonstige ausreichende Beweise vorlegen muß; dies bildet die Grundlage des Restitutionsanspruches.

Verwendungen des Nießbrauchers, die ihm nicht oblagen, sind vom Eigentümer nach Beendigung des Nießbrauches zu ersetzen, wenn sie mit dessen *Zustimmung* geschehen sind oder nach den Grundsätzen der *negotiorum gestio* die Ersetzung rechtfertigen.[31] Nach denselben Prinzipien kann der Eigentümer Ersatz von ihm vorgenommener Verwendungen verlangen, die dem Nießbraucher oblagen.[32]

§ 212. Uneigentlicher Nießbrauch.[1]

Dem eigentlichen Nießbrauche wurde der *uneigentliche* oder *Quasiususfrukt* auf Grund eines Senatuskonsultes unbekannten Namens und aus ungewisser Zeit zur Seite gestellt.[2] Der wirtschaftliche Zweck beider Institute ist der nämliche, ihre juristische Form dagegen sehr verschieden.

S. 259 und dort Angeführte. Dies entspricht der Billigkeit und der Bestimmung des Nießbrauches. Vgl. Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 164 Anm. 1. Nach BGB. § 1047 trägt der Nießbraucher nicht die außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind.

27) Bei der modernen Hypothek wird in der Regel der Nießbraucher die Zinsen von Hypotheken zu berichtigen haben, welche zur Zeit der Bestellung des Nießbrauches auf dem Grundstück lasteten, da es der Absicht der Beteiligten entspricht, daß der Nießbraucher nur den Reinertrag des Grundstückes erhält und dieser nach der Verkehrsanschauung in dem Überschuß der Erträgnisse über die Hypothekenzinsen besteht. Es beruht dies auf der Grundverschiedenheit der römischen und der modernen Hypothek. Ebenso BGB. § 1047. Vgl Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 188 S. 525.

28) In diesem Falle befindet der Richter „etiam in futurum quemadmodum uti frui debet", l. 13 § 1 D. de usu fructu 7, 1. Vgl. auch BGB. §§ 1053, 1054.

29) Vgl. oben Anm. 7.

30) l. 1 § 4 D. usufructuar. quemadmod. caveat 7, 9. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 13 n. 105. Vgl. BGB. §§ 1034, 1035.

31) l. 7 C. de usu fructu 3, 33; vgl. Elvers a. a. O. S. 534. Siehe übrigens auch l. 15 pr. D. de usu fructu. 7, 1. Petrażycki, Einkommen Bd. 1 S. 309 unter 4. BGB. § 1049.

32) l. 48 pr. D. de usu fructu 7, 1. vgl. auch l. 50 eod.; Elvers a. a. O. S. 507. Nach BGB. § 1057 verjähren die Ansprüche beider Teile in 6 Monaten.

1) Tit. Dig. 7, 5 de usu fructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Held, die Lehre vom usus fructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur 1858, Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 1 ff., Hanausek, die Lehre von dem uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht 1879.

2) l. 1 D. h. t. 7, 5. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum

Denn beim Quasiususfrukt wird der Nießbraucher Eigentümer des Nießbrauchsobjektes mit vollem Verfügungsrecht, nur seine persönliche Verpflichtung zur Rückerstattung des Wertes nach Ablauf der Nießbrauchszeit sichert dem anderen Teile das Kapital.

Der Quasiususfrukt ist in einigen Fällen die einzige Form, durch welche die Zwecke des Nießbrauches zu erreichen sind, in anderen Fällen stehen dem Besteller beide Formen, die des eigentlichen und die des uneigentlichen Nießbrauches, offen.

1. Unmöglich ist eigentlicher Nießbrauch an Konsumptibilien, z. B. Geld, Getreide, Wein. Denn ihr Gebrauch ist Verbrauch, also Vernichtung der Substanz.[3] Die Erhaltung der Substanz gehört aber zum Wesen des eigentlichen Nießbrauches. Nießbrauch an solchen Objekten kann also nur Quasiususfrukt sein. Der Nießbraucher wird Eigentümer und hat für die Rückerstattung Kaution zu stellen. Handelt es sich nicht um Geld, sondern um Konsumptibilien anderer Art, so kann jeder Teil bei der Übereignung Ermittelung des gegenwärtigen Geldwertes und Festsetzung der Rückerstattung in Geld fordern.[4] Denn es entspricht den Zwecken des Institutes nicht, daß die Beteiligten durch die Gefahr von Preisschwankungen getroffen werden.

Kleider sind keine Konsumptibilien; an ihnen ist also ein wahrer Nießbrauch denkbar. Doch bei gewöhnlichem Gebrauche nutzen sich Kleider in kurzer Zeit ab, so daß sie nach Ablauf des Nießbrauches meist wertlos sein werden, daher ist an ihnen uneigentlicher Nießbrauch das Natürliche und als gewollt zu unterstellen, wenn nicht die besondere Erklärung der Beteiligten oder die Bestimmung der Nießbrauchsache, z. B. als Theatergarderobe, auf wahren Nießbrauch hinweisen.[5]

An anderen körperlichen Objekten ist der Nießbrauch regelmäßig ein eigentlicher, kann aber nach dem besonderen Willen der Beteiligten auch ein uneigentlicher sein.[6]

---

videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usus fructus legari. Über das Senatuskonsult handelt ausführlich Bürkel a. a. O. S. 25.

3) Es ist denkbar, daß jemandem eine Nutzung an Konsumptibilien derart gewährt wird, daß er sie nicht verbrauchen darf, daß z. B. Geldstücke nur als Schaustücke zur Auslage in dem Laden eines Wechslers liegen dürfen. Hanausek a. a. O. S. 15. Sollte derartiges vorkommen, — es wird nicht leicht geschehen, — so läge hierin kein Ususfrukt, sondern ein eigenartiges, beschränktes Nutzungsrecht.

4) l. 7 D. de usu fructu ear. rer. 7, 5. Anderer Ansicht ist Hanausek a. a. O. S. 30, auch Windscheid Bd. 1 § 206 Anm. 3. Nach BGB. § 1067 besteht die Verpflichtung des Nießbrauchers beim uneigentlichen Nießbrauch nur im Ersatz des Wertes den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten.

5) § 2 J. de usu fructu 2, 4, l. 15 §§ 4 und 5 D. de usu fructu 7, 1, l. 9 § 3 D. usufructuar. quemadmod. caveat 7, 9.

6) Bürkel a. a. O. S. 6 ff. Wird der Nießbrauch an Objekten vermacht, die der Erblasser nur des Verkaufes wegen hat, so wird er meist ein uneigentlicher sein, auch wenn diese Objekte keine Konsumptibilien sind. Hat z. B. die Witwe den Nießbrauch am Vermögen ihres verstorbenen Mannes, welcher eine Antiquariatshandlung betrieb, so ist deren Nießbrauch an den Büchern als uneigentlicher zu erachten. Was sollte ihr der „eigentliche" Nießbrauch an dem Büchervorrat.

2. Auch an Forderungen ist Quasiususfrukt möglich.[7] [8]

Die Forderung wird dem Nießbraucher zediert gegen Kaution für die Rückerstattung nach Ablauf des Nießbrauches. Auf Grund der Zession ist er Gläubiger, aber infolge der Kaution im wirtschaftlichen Sinne doch bloß Nutzungsberechtigter. Im Falle eines etwaigen Erlasses der Kaution wird sie durch die ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme der Rückerstattung ersetzt.

Am ausgedehntesten ist das Recht des Quasiusufruktuars an Forderungen auf Geld oder andere Fungibilien. Er kann das Kapital für sich einziehen. Nach Beendigung des Nießbrauches hat er dann die Summe zu restituieren, die er einnahm oder hätte beitreiben sollen.[9]

Beschränkter sind die Rechte des Quasiusufruktuars bei Forderungen auf eine Spezies. Der Nießbraucher darf diese einfordern und einklagen,[10] er erhält aber kein Eigentum an der ihm überlieferten Sache, sondern eigentlichen Nießbrauch.[11]

Bei Zuwendungen des Nießbrauches an einer fest angelegten verzinsbaren Forderung kann die Absicht bloß sein, dem Honorierten den Bezug der Zinsen auf Lebenszeit zu überlassen. Eine solche Verfügung ist natürlich gültig, aber einen Nießbrauch im Rechtssinne begründet sie

---

7) l. 3 D. h. t. 7, 5. Vgl. Hanausek, uneigentlicher Nießbrauch S. 89; Stammler, der Nießbrauch an Forderungen, ein Beitrag zur Lehre vom Rechte an Rechten 1880; Mansbach, der Nießbrauch an Forderungen 1880. Dort siehe die Literatur. Nach BGB. §§ 1068 ff. kann Gegenstand des Nießbrauches jedes übertragbare Recht sein. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 §§ 192 ff.

8) Hier tritt das Problem „des Rechtes am Rechte" in den Vordergrund. Ihm hat Windscheid Bd. 1 einen eigenen § 48a gewidmet, und zahlreich sind die geistreichen Erörterungen der Neueren, vgl. Mansbach a. a. O. S. 1 und Hanausek a. a. O. S. 43; siehe auch Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 46. Im Grunde fragt es sich, ob die dinglichen Rechte an fremden Sachen, insbesondere ob Nießbrauch und Pfandrecht als „dingliche Berechtigungen" nur an körperlichen Sachen möglich sind, oder ob sie auch an Rechten bestehen können. — Das moderne Recht nun kennt Gerechtigkeiten, welche wie Immobilien behandelt werden, z. B. Bergwerksgerechtigkeiten. An ihnen kommen zweifelsohne Reallasten, Nießbrauchsrechte vor. Begrifflich „unmöglich" kann also das Recht am Rechte nicht sein. Eine andere Frage ist, ob das römische Recht derartige Rechte an Rechten kennt. Dies ist nicht nachweisbar. Das römische Recht beschränkt die dinglichen Rechte auf körperliche Sachen.

9) Vgl. l. 24 pr. D. de usu et usu fructu per leg. dat. 33, 2, siehe ferner l. 3 D. h. t. 7, 5 und l. 1 C. de usu fructu 3, 33. Das Quellenmaterial ist sehr dürftig, gleichwohl lassen sich die Grundzüge des Institutes erkennen. Mit Recht bemerkt Bürkel a. a. O. S. 62: „In diesen Stellen wird der Usufruktuar der Forderung für verpflichtet erklärt, die Kaution des Senatuskonsultes zu stellen. Hätte der Usufruktuar — wie manche annehmen — bloß das Recht zum Zinsengenuß, so wäre kein Grund zu einer Kaution vorhanden." Es steht ihm also die freie Verfügung über das Kapital zu. Die abweichenden Ansichten kritisiert Hanausek a. a. O. S. 92. Nach BGB. § 1074 ist der Nießbraucher zur Einziehung und Kündigung der Forderung, nicht aber zu sonstiger Verfügung über dieselbe berechtigt. Geht die Forderung auf verbrauchbare Sachen, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum, § 1075 Abs. 2. Über den Nießbrauch an Forderungen, die auf Zinsen ausstehen, vgl. §§ 1076 ff.

10) Ebenso BGB. § 1074.

11) Vgl. BGB. § 1075 Abs. 1: Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande.

nicht, weder einen eigentlichen noch einen uneigentlichen. Es liegt hier eine Zession der Forderung auf Zinsen vor. Der Honorierte hat nach Beendigung des Verhältnisses nichts zu restituieren und also auch vorher nicht zu kavieren.[12]

3. Nicht selten ist der Nießbrauch an einem Gesamtvermögen oder an einer Quote desselben. Hierin liegt eine Summe von Nießbrauchsrechten an den einzelnen Vermögensbestandteilen, und zwar meist nicht nur an den bei Beginn des Nießbrauches zugehörigen, sondern auch an den später hinzutretenden Objekten. Je nach Beschaffenheit der einzelnen Objekte gestaltet sich der Nießbrauch zu einem eigentlichen oder uneigentlichen.

Für die auf dem Vermögen lastenden Schulden haftet auch nach Begründung des Nießbrauches der Eigentümer, den Nießbraucher verpflichten sie nicht. Der Eigentümer aber ist befugt und seinen Gläubigern gegenüber verpflichtet, so viel aus dem Vermögen zurückzuhalten, als zur Deckung der Schulden erforderlich ist.[13]

Häufig ist der Nießbrauch am Gesamtvermögen mit dessen Verwaltung verbunden, z. B. beim väterlichen Nießbrauche. Dann hat der Nießbraucher das Recht zu solchen Veräußerungen, die durch die Verwaltung geboten sind.[14] Es können auch die Gläubiger des Kindes den Hausvater auf Bezahlung der Schulden seines Kindes aus dessen Vermögen belangen und im Falle der Verurteilung des Vaters ihre Befriedigung aus dem Kindesvermögen betreiben.[15]

§ 213. Personalservituten beschränkten Inhaltes.

1. Im römischen Leben entwickelten sich außer dem Nießbrauche besondere Arten von Personalservituten beschränkten Inhaltes mit technischer Bezeichnung und festbegrenztem Umfang.[1]

a) Dem Nießbrauche am Nächsten stand der usus. Er gewährte das Recht voller Benutzung ohne den Fruchtgenuß.[2] Und zwar

12) Über Nießbrauch an Rechten anderer Art vgl. Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 1 § 286, Hanausek a. a. O. S. 136 ff. Über den Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien: Brandes, Göttinger Inaug.-Diss. 1891, BGB. § 1083 Abs. 2, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 194 S. 543.

13) l. 69 D. ad legem Falcidiam 35, 2, l. 43 D. de usu et usu fructu per leg. dat. 33. 2, BGB. §§ 1085 ff., Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 195. Hiernach haftet der Nießbraucher den Gläubigern des Bestellers persönlich nur für Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen, und auch nur dann, wenn die Forderung auf solche Leistungen bereits vor der Bestellung des Nießbrauches entstanden war, der Nießbraucher ist aber berechtigt, die Gläubiger zu befriedigen.

14) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 n. 4.

15) § 3 J. de adqu. per adrog. 3, 10, l. 8 § 4 C. de bonis quae liberis adqu. 6, 61.

1) Tit. Dig. de usu et habitatione 7, 8, Inst. de usu et habitatione 2, 5.

2) l. 1 D. h. t. 7, 8. Gajus libro 7 ad edictum provinciale . . . constituitur etiam nudus usus id est sine fructu, l. 2 D. eod. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. Vgl. über den Usus Thibaut, Versuche Bd. 1 Abh. 3; Scheurl in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 15 n. 2; Bechmann, Inhalt und Umfang der Personalservitut des Usus 1861. Riccobono, sull' usus 1904.

mußte der Usuar persönlich gebrauchen und detinieren; die Übertragung der Ausübung des Rechts war ihm nicht gestattet.[3] Dies wurde aber nicht streng eingehalten. Insbesondere durfte der Usuar eines Hauses, sofern er nur persönlich in dem Hause wohnte, die Seinigen, d. h. seine Familie und sein Dienstpersonal, aber auch Gäste und Kostgänger bei sich aufnehmen. Nur getrennte Vermietung war nicht zulässig.[4]

Auch versagte man dem Usuar nicht jeden Fruchtgenuß. Namentlich durfte der Usuar eines Parkes oder eines Landgutes Blumen, Obst, Früchte für sich und die Seinigen entnehmen. Der Bezug von Früchten war aber nur zum Verbrauche, nicht zum Verkaufe gestattet.[5] [6]

b) Die habitatio — das persönliche Wohnrecht — hatte Alimentennatur und um deswillen einen anomalen Charakter.[7] Sie sei mehr faktischer Art als juristischen Wesens, meinte man.[8] Daher ging sie durch capitis deminutio und durch Nichtgebrauch nicht unter. Überlassung der Ausübung — namentlich auch schenkungsweise[9] — war unerlaubt; dennoch ließ man aus Humanität Verwertung durch Vermietung zu.[10]

c) Nicht weniger anomal waren die Rechte auf operae servorum et animalium. Auch sie gingen durch capitis deminutio[11] und Nichtgebrauch nicht unter, wohl aber im Falle der Ersitzung des Sklaven.[12] Sie waren vererblich,[13] verwertbar.

Bei der habitatio und den operae servorum handelte es sich vor-

---

3) l. 11 D. h. t. 7, 8.

4) l. 4, 5, 6, 7 D. h. t. 7, 8.

5) l. 12 § 1 D. h. t. 7, 8. Über den usus pecoris vgl. l. 12 § 2 D. cit.

6) Man hat vergeblich versucht, diese Bestimmungen aus dem Begriffe des bloßen Usus zu erklären. Die Römer selbst führen dieselben darauf zurück, daß man den letzten Willen der Verstorbenen liberal interpretieren müsse. l. 12 § 2 D. h. t. 7, 8 . . . neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum. Man nahm es im Leben mit den Befugnissen des Usuars eben nicht allzu genau, so entstand ein Brauch, welchen Volksauffassung und Jurisprudenz als berechtigt ansahen. Vgl. Puchta, Pand. § 179, Instit. Bd. 2 § 255, Scheurl und Bechmann a. a. O., siehe aber Windscheid Bd. 1 § 207 Anm. 6.

7) Thibaut, zivilistische Abhandlungen n. 2, dort ist die ältere Literatur zitiert; Huschke, zur Lehre von der habitatio im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 S. 462 ff.

8) l. 10 D. de cap. min. 4, 5. Modestinus libro 8 differentiarum: Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat: videlicet quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit; siehe ferner l. 8 pr. § 1 D. de transact. 2, 15, Savigny Bd. 2 S. 110.

9) l. 10 pr. D. h. t. 7, 8. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 12 S. 342 will „locare" statt „donare" lesen, dagegen Huschke a. a. O.

10) So l. 13 § 1 C. de usu fructu et habitatione 3, 33. Nach § 5 J. h. t. 2, 5 erklärte unter den älteren Juristen auch Marcellus Vermietung für zulässig.

11) l. 2 D. de operis servorum 7, 7.

12) l. 2 D. de usu per leg. 33, 2.

13) Die l. 2 D. de usu et usu fructu per leg. dat. 33, 2 besagt freilich nur „quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit". Damit wird zunächst allerdings, wie Windscheid Bd. 1 § 208 Anm. 8 ausführt, nur das Vermächtnis für vererblich erklärt, nicht das durch Vermächtnis zu begründende Recht. Allein die Vererblichkeit des Vermächtnisses setzt voraus, daß auch das bereits begründete Recht vererblich sei.

zugsweise um letztwillige Zuwendungen an Personen ohne römische Rechtsfähigkeit, insbesondere an Peregrinen. Ihnen konnte man zivile Rechte — Eigentum, Nießbrauch — nicht vermachen, wohl aber geringfügige Unterstützungen.[14] [15]

2. Es kommt vor, daß bestimmte einzelne Nutzungen zum Inhalte von Personalservituten gemacht werden.[16] Namentlich gilt dies von Berechtigungen, die man gewöhnlich als Prädialservituten bestellt, z. B. Weg- und Wasserrechte, Rechte auf Holz.[17] Solche Rechte pflegt man irreguläre Personalservituten zu nennen.[18]

Viertes Kapitel.

Entstehung und Endigung der Servituten.

§ 214. Begründung der Servitut durch Rechtsgeschäft.

Servituten entstehen durch Rechtsgeschäfte, durch Ersitzung, durch Richterspruch und unmittelbar von Gesetzes wegen.

14) Übrigens hatte der Usuar, und ebenso derjenige, dem habitatio oder operae servorum vermacht waren, Kaution zu leisten, l. 5 § 3 D. usufruct. quemadmod. caveat 7, 9.

15) Dem modernen Rechte sind die drei römischen Typen beschränkter Personalservituten fremd. Sie beruhten auf römischen Usancen, an die sich der Erblasser hielt, wenn er usus oder habitatio oder operae servorum vermachte. Das deutsche Leben kennt nichts Ähnliches. Kommt es einmal vor, daß ein Erblasser persönliche Nutzung ohne Fruchtgenuß oder rein persönliches Wohnrecht vermacht, so ist dies nicht mit demjenigen identisch, was römische Übung und Jurisprudenz unter usus und habitatio verstanden. Der Umfang des gewährten Rechts ist vielmehr nach Wort und Sinn der letztwilligen Verfügung und nach den konkreten Umständen zu bestimmen. Wem also Nutzung ohne Fruchtgenuß vermacht wird, der hat nicht dasselbe Recht auf Früchte wie der römische Usuar, und wer persönlich wohnen darf, kann nicht ohne weiteres vermieten. Die Ansichten über die praktische Geltung von usus, habitatio und operae sind sehr geteilt. Für die gemeinrechtliche Geltung von usus und habitatio ist Windscheid Bd. 1 § 207 Anm. 6, vgl. ferner die dort Zitierten. Brinz Bd. 1 S. 796 will auf das Vermächtnis einer „Bedienung" die Grundsätze der operae servorum anwenden, da auch freie Personen operae leisten können. Aber ein dingliches Recht an einem Menschen ist heutzutage unmöglich.

16) Das Gegenteil sucht Richard Cohnfeldt, die sog. irregulären Servituten 1862, auszuführen; die — gut geschriebene — Abhandlung hat freilich niemanden überzeugen können. Über die neuere Literatur siehe Windscheid Bd. 1 § 202 Anm. 2; vgl. noch Erich Tappe, die sog. irregulären Personalservituten, Erlanger Inaug.-Diss. 1899.

17) l. 32 D. de usu fructu 7, 1, l. 4, l. 37 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 6 D. de serv. leg. 33, 3, l. 14 § 3 in fine D. de alim. leg. 34, 1, l. 1 D. de usu et usu fructu per leg. dat. 33, 2.

18) Vererbliche Berechtigungen solcher Art, z. B. Holzgerechtigkeiten, sind dem deutschen Rechte nicht unbekannt. Nach BGB. §§ 1090 ff. kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur das Recht begründet werden, ein fremdes Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen (siehe Anm. 16), ferner ein Wohnungsrecht. Diese Rechte sind nicht vererblich und übertragbar, und auch ihre Ausübung kann einem anderen nur dann überlassen werden, „wenn die Überlassung gestattet ist". Ihr Umfang bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten, doch kann der Wohnungsberechtigte seine Familie sowie die zur standesgemäßen Bedienung und Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufnehmen. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 §§ 196 ff.

Die Rechtsgeschäfte sind entweder Verträge unter Lebenden oder letztwillige Verfügungen. An diesem Orte soll nur vom Vertrage die Rede sein. Es fragt sich, wer Servituten bewilligen, wer sie erwerben kann, wie der Vertrag abgeschlossen wird?

1. Voll legitimiert zur Bewilligung von Servituten ist nur der Eigentümer der zu belastenden Sache.[1] Miteigentümer müssen sämtlich einwilligen,[2] nur den Nießbrauch als teilbares Recht kann der einzelne Miteigentümer zu seinem ideellen Teile selbständig bestellen.[3] Für die Dauer ihres Rechts können auch Emphyteuta und Superfiziare Servituten einräumen;[4] ebenso steht es publizianisch Berechtigten zu, Servituten mit relativer Kraft in das Leben zu rufen, d. h. mit Rechtswirkung gegenüber dem Besteller und allen, welche dem Besteller nachstehen.[5]

2. Personalservituten erwerben kann jeder, also die juristische wie die natürliche Person.

Prädialservituten kann der Eigentümer des Grundstückes erwerben, zu dessen Gunsten sie bestehen, Miteigentümer desselben müssen sämtlich am Erwerb teilnehmen.[6] Auch Emphyteuta und Superfiziare erwerben Servituten für das Grundstück,[7] Nießbraucher sind hierzu nicht befugt,[8] publizianisch Berechtigte aber gelten als legitimiert wie Eigentümer.

3. Die Bestellung geschieht entweder selbständig oder durch Nebengeschäft bei einer Veräußerung.[9] Solche Nebengeschäfte sind bald Vorbehalte, bald Zugeständnisse von Servituten durch den Veräußerer. Dieser kann sich namentlich an dem Grundstücke, welches er veräußert, einen Nießbrauch[10] oder eine Prädialservitut zugunsten eines anderen Grundstückes, welches er zurückbehält, reservieren.[11] Er kann ferner ein Grundstück, welches er behält, zugunsten eines anderen, welches er veräußert, beim Veräußerungsakt mit einer Prädialservitut belasten.[12]

1) l. 6 pr. D. comm. praed. 8, 4. Dinglich wirkende Veräußerungsverbote hindern auch die Begründung von Servituten, vgl. oben § 179 Anm. 3. Über die Frage, ob der Eigentümer des dienenden Grundstücks zugleich Eigentümer des herrschenden sein kann, vgl. RG. Bd. 47 S. 202.

2) oben § 204.

3) oben § 209 Anm. 14.

4) l. 1 pr. D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4, l. 1 § 9 D. de superficiebus 43, 18.

5) Das Hauptargument ist die Analogie des Pfandrechts, l. 18, l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1. Bestritten ist, ob ein publizianisches Servitutenrecht auch erwirbt, wer redlicherweise von einem unredlichen Besitzer eine Servitut erlangt. Die Analogie des Pfandrechts spricht gegen diese Ansicht, vgl. Arndts § 191 Anm. 2. Andere, z. B. Windscheid Bd. 1 § 217 Anm. 9, verteidigen sie. Man kann geltend machen, daß es eine Ersitzung der Servituten gibt, nicht die des Pfandrechts. Aber die Ersitzung der Servituten ist doch sehr eigenartig. Sie verlangt keinen Titel. Der Servitutenersitzungsbesitz erscheint daher zur Begründung einer publizianischen Klage nicht ausreichend. Die l. 11 § 1 D. de Publ. in rem act. 6, 2 — oben § 202 Anm. 4 — entscheidet nicht, sie setzt eine Bestellung der Servitut durch den Eigentümer der Sache in nicht ziviler Form voraus.

6) Vgl. oben § 204.

7) Quellenzeugnisse fehlen.

8) l. 15 § 7 D. de usu fructu 7, 1.

9) Brinz Bd. 1 S. 793.

10) l. 32 D. de usu fructu 7, 1. Vgl. Gaj. Inst. II § 33, Vat. fragm. § 47.

11) l. 5, l. 6 pr. § 1, l. 10 D. comm. praed. 8, 4.

4. Genügt zur Bestellung der Servituten bloßer Vertrag, oder ist außerdem Quasitradition nötig? Dies ist eine immer noch offene Kontroverse des gemeinen Rechts.[13]

Für die Notwendigkeit der Quasitradition beruft man sich auf die Analogie der Eigentumsübertragung. Doch diese Analogie ist nicht überzeugend.[14] Der Besitz hat bei den Servituten nicht die Bedeutung, wie beim Eigentum. Auch die geschichtliche Entwicklung war in beiden Fällen durchaus verschieden.

Nach altrömischem Zivilrechte wurden in Italien Servituten unter Lebenden nur durch in jure cessio und mancipatio begründet. Hierbei galt die in jure cessio als allgemeine Form, durch mancipatio konnte man Felddienstbarkeiten, welche res mancipii waren, bestellen.[15] Diese Formen waren bei Provinzialgrundstücken, die nicht im zivilen Eigentume ihrer Besitzer standen, nicht anwendbar. Hier ging die Bestellung der Servituten vielmehr durch „pactiones et stipulationes" vor sich.[16] Was bedeutete dieser Doppelakt? Offenbar lag in ihm eine Kombination altperegrinen Rechtes — der pactiones — und des römischen Institutes der stipulationes. Ohne Zweifel wurden die Servituten, insbesondere bei den Griechen, bei denen die Formlosigkeit der Geschäfte Regel war, herkömmlich durch formlose dingliche Verträge begründet. Die Römer ließen dies nach der Eroberung bei den Provinzialgrundstücken gelten, aber ihr Formen-

---

12) l. 6 pr. D. comm. praed. 8, 4. Vorbehalt und Zugeständnis ist auch stillschweigend möglich. Betreibt z. B. der Eigentümer zweier Grundstücke auf dem einen eine Brauerei und hat er behufs Speisung derselben mit Wasser auf dem anderen Grundstücke eine Röhrenleitung, so gilt im Falle der Übereignung der „Brauerei" die Wasserleitung, wie sie bisher tatsächlich bestand, als zur Servitut eingeräumt, RG. Bd. 13 S. 249. G. Weigert, zur Lehre von der stillschweigenden Servitutbestellung. Inaug. Diss. Kassel 1887. Für den Fall, daß das eine der Grundstücke nicht freiwillig, sondern im Wege der Zwangsversteigerung veräußert wird, kann gleiches nicht gelten; vgl. RG. in Seufferts Archiv Bd. 54 Nr. 76.

13) Für die Bestellung durch bloßen Vertrag erklärte sich Savigny in seinen Vorlesungen und hiernach E. S. Schmidtlein, de servitutibus per pactum constituendis, Gött. 1823, sowie im Archiv für ziv. Praxis Bd. 9 n. 9. So auch Michelsen im Archiv für ziv. Praxis Bd. 8 n. 14. Eine gründliche Verteidigung dieser Ansicht hat in neuerer Zeit Schmidt von Ilmenau in Bekkers Jahrb. Bd. 3 n. 9 gegeben. Ihr huldigen die meisten Neueren, insbesondere Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 1 und Arndts § 188 Anm. 1. Außer Vangerow Bd. 1 § 350 sind für die Notwendigkeit der Quasitradition Brinz Bd. 1 S. 792, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 123, Lenel in Iherings Jahrb. Bd. 19 S. 183 eingetreten.

14) Nicht selten hat man die Entscheidung im l. 20 C. de pactis 2, 3 von Diocletianus und Maximianus gesucht. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Doch daß sich dieser Ausspruch nur auf das Eigentum — dominia —, nicht auf alle dinglichen Rechte bezieht, ergibt die usucapio, welche bei Servituten nicht Platz greift. Die Behauptung Vangerows — S. 753 —, daß nach den Prinzipien des römischen Rechtes aus einem Vertrage nur eine Obligation, kein dingliches Recht entstehen könne, ist offenbar petitio principii. Derzeit fußen die Gegner auf diesem Argument, welches für Vangerow sehr in das Gewicht fiel, nicht mehr.

15) Gaj. Inst. II §§ 29 und 30.

16) Dies bezeugt Gaj. Inst. II § 31 . . . in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi, . . . ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

sinn verlangte eine Zutat — die Stipulation, deren Inhalt darin bestand, daß der Promittent und sein Erbe den Stipulator und seine Erben nicht an der Ausübung der Servitut hindern, im Falle der Zuwiderhandlung aber eine vereinbarte Strafe zahlen sollte. Solche Stipulationen erzeugten natürlich nur persönliche Verpflichtungen des Promittenten und seiner Erben. Aber man sah in ihnen zugleich die Bekräftigung des vorausgehenden dinglichen Vertrages über die Servitutenbestellung, die Betätigung seiner Ernstlichkeit.[17]

In der Kaiserzeit begnügte man sich in Italien häufig statt der lästigen zivilen Bestellungsformen mit bloß tatsächlicher Einräumung der Servitut — der Quasitradition — seitens des Eigentümers der belasteten Sache. Sie erhielt Schutz durch den Prätor.[18]

Das justinianische Recht endlich kennt nicht mehr Bestellung von Servituten durch in jure cessio oder mancipatio. Sie konnte aber jetzt an Sachen jeder Art in doppelter Weise vor sich gehen, nämlich entweder wie nach altem Provinzialrecht durch pactiones und stipulationes[19] oder nach der italischen Gewohnheit durch Quasitradition.[20]

§ 215. Die Servitutenersitzung.[1]

Die Servitutenersitzung hatte in Rom wechselnde Schicksale.

Ursprünglich wendete man die usucapio auch auf die Servituten an, so daß die tatsächliche Ausübung einer Servitut in kurzer Frist zum Rechte wurde. Dies erschien derartig lästig und schädlich, daß eine lex Scribonia die usucapio der Servituten schlechthin aufhob.[2] Hiermit war man von

17) Nicht selten wird die Ansicht vertreten, daß die Römer ursprünglich durch pactiones und stipulationes nur persönliche Verbindlichkeiten des Promittenten und seiner Erben zur Verstattung der Ausübung der Servitut begründet hätten und daß man erst im Laufe der Zeit in diesen Geschäften eine unmittelbare Bestellung der Servitut gesehen habe. So Windscheid Bd. 1 § 212 Anm. 1. Dagegen mit Recht Lenel a. a. O. S. 184. Vgl. noch Karlowa a. a. O. S. 224 und röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 145 S. 1256.

18) l. 11 § 1 D. de Publiciana 6, 2 abgedruckt oben § 191 Anm. 4, l. 1 pr. D. quib. mod. usus fruct. 7, 4, l. 9 § 1 D. usufruct. quemadmod. 7, 9, l. 3 D. si usus fruct. 7, 6, l. 1 § 2 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 16 D. si serv. vind. 8, 5.

19) § 1 J. de usu fructu 2, 4. § 4 J. de serv. 2, 3, l. 3 pr., l. 25 § 7 D. de usu fructu 7, 1, l. 33, l. 36 D. de serv. praed. rust. 8, 3.

20) Nach BGB. ist zur Bestellung des Nießbrauches an beweglichen Sachen Übergabe derselben, zur Bestellung eines solchen an Grundstücken Eintragung in das Grundbuch erforderlich, vgl. §§ 1032, 873.

1) Muther, die Ersitzung der Servituten 1852; dort S. 1 Anm. 1 siehe die ältere Literatur. Hedemann, Erwerbung und Schutz der Servituten 1864. Alfred Böhm, über die Ersitzung der ländl. Dienstbarkeiten. Greifswald. Inaug.-Diss. 1893.

2) l. 4 § 28 D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 54 ad edictum: Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Vgl. oben § 181 Ziff. 1. Übrigens streitet man darüber, ob die alte usucapio sich auf alle Servituten oder nur auf einzelne Arten, namentlich die servitutes praediorum urbanorum erstreckte. Das letztere verteidigen u. a. Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft Bd. 3 Heft 1 n. 3 S. 120 ff. und Vangerow Bd. 1 § 351, das erstere nimmt mit vollem Rechte Schmidt in Bekkers Jahrb. Bd. 3 S. 247 Anm. 2 an. Vgl. auch Voigt, über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen 1875.

einem Extrem in das andere geraten. Die laxen Anforderungen der usucapio hatten die Gefahr mit sich gebracht, daß nachbarliche Gefälligkeiten oder Übergriffe zu Rechten wurden. Dem mußte gesteuert werden, aber die gänzliche Ausschließung der Ersitzung der Servituten hatte gleichfalls bedenkliche Seiten. Oft verlieren althergebrachte Servituten im Laufe der Zeiten die Möglichkeit des Nachweises ihrer ursprünglichen Erwerbstitel, die in Vergessenheit geraten sind; sie finden dann ihre Deckung in der Ersitzung, nach welcher auch langjährige Ausübung ausreicht. Beseitigung der Servitutenersitzung entzieht also gerade den bestbegründeten und ältesten Rechten den notwendigen Schutz.

So sah man sich in der Kaiserzeit veranlaßt, eine neue Art der Servitutenersitzung, die longa possessio einzuführen.[3] Von der Eigentumsersitzung — der usucapio — blieb sie schroff geschieden.[4] Sie setzt voraus:

a) langjährige Übung; man bestimmte die Zeit auf zehn Jahre, wenn der Ersitzende und der Eigentümer in derselben Provinz wohnten — inter praesentes —, auf 20 Jahre, wenn sie in verschiedenen Provinzen wohnten — inter absentes;

b) daß die Ausübung als Recht[5] und

c) daß sie während der gesamten Zeit dem Eigentümer gegenüber weder vi[6] noch clam[7] noch precario geschah, also weder einen Übergriff noch einen Mißbrauch seiner Gefälligkeit enthielt.[8]

---

3) l. 10 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. l. 5 § 3 D. de itinere 43, 19, l. 1 § ult. D. de aqua 39, 3, l. 28 D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 1, l. 2 C. de serv. 3, 34, l. 12 in fine C. de praescr. longi temp. 7, 33.

4) Vgl. l. 10 § 1 D. de usurp. 41, 3. Ulpianus libro 16 ad edictum: Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. Hier wird die usucapio der Servituten verneint, nicht aber der Erwerb durch die longa possessio. Die Äußerung hat auch für das justinianische Recht Bedeutung. Es soll die Anwendung der Eigentumsersitzung auf die Servituten in Abrede gestellt werden. Über andere Erklärungen siehe Vangerow Bd. 1 § 351 S. 763. Hedemann a. a. O. S. 1 ff. leugnet auf Grund dieser Stelle jede Art der Servitutenersitzung. Er will in der longa possessio nur eine Vermutung des Erwerbes sehen, welche durch den „Gegenbeweis der Nichtexistenz der Servitut" entkräftet werden könne! Aber die Quellen sprechen vom „tempore adquiri", z. B. l. 28 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

5) l. 25 D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6, l. 7 D. de itinere 43, 19, l. 1 § 19 D. de aqua cott. 43, 20. Der Erwerb einer Servitut durch Verjährung kann auch durch Besitzhandlungen begründet werden, welche der Prätendent der Servitut in der Meinung eines ihm zustehenden Eigentumsrechtes an dem dienenden Grundstücke vorgenommen hat. Denn wie RG. Bd. 4 S. 137, Bd. 7 S. 146 zutreffend ausführt: die Quellenstellen, welche die Servitutenersitzung betreffen, verlangen nichts weiter, als daß der Ersitzende mit dem Willen, von einem Rechte Gebrauch zu machen, dasselbe ausgeübt hat; daß dies gerade mit dem Bewußtsein von der juristischen Natur dieses Rechtes geschah, ist gleichgültig.

6) Auch außergerichtlicher Widerspruch des Eigentümers genügt, um den Besitz des Nichtberechtigten zu einem gewaltsamen im Sinne des Ersitzungsrechtes zu machen. l. 2 C. de serv. 3, 34, RG. Bd. 1 S. 104.

7) RG. Bd. 25 S. 145. Ein besonderes Requisit der scientia des Eigentümers

Die begonnene Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Besitzer anfängt, die Servitut vi, clam oder precario auszuüben. Um deswillen tritt die Unterbrechung auch mit Erhebung der Klage seitens des Eigentümers ein, da hierin ein Verbot liegt, welches die weitere Ausübung als gewalttätig erscheinen läßt.[9]

§ 216. Richterspruch und Gesetz.

In den Teilungsprozessen können Servituten unmittelbar durch den Richter begründet werden.[1]

Der Richter kann ferner in dringenden Fällen zur Bestellung eines Weges gegen Entschädigung verurteilen.[2] Vorausgesetzt ist, daß die ordnungsmäßige Benutzung des klägerischen Grundstückes ohne einen derartigen sog. Notweg nicht möglich ist. Die Klage ist gegen den Eigentümer eines Nachbargrundstückes, welches zum Wege tauglich ist, zu richten. Der Beklagte darf einwenden, daß ein anderer Nachbar durch den Weg weniger belästigt werde.

Von Rechts wegen entsteht infolge familienrechtlicher Beziehungen in mehreren Fällen ein — sog. gesetzlicher — Nießbrauch.[3]

§ 217. Untergang der Servituten.

Servituten gehen unter durch Wegfallen ihrer Existenzbedingungen, durch Verzicht und durch Nichtgebrauch.

---

gibt es nicht. Nur wird im Falle seiner Nichtkenntnis oft Ausübung clam vorhanden sein. Daraus erklärt sich l. 2 C. de serv. 3, 34 die Hervorhebung „eo sciente".

8) Streitig war, ob für die Servitutenersitzung ein Titel erforderlich sei. Die ältere gemeinrechtliche Theorie stempelte die Erfordernisse der Eigentumsersitzung zu generellen Voraussetzungen jeder erwerbenden Verjährung, wendete sie auch auf die Servitutenersitzung an und forderte demgemäß einen Titel wie für die Ersitzung des Eigentumes. Neuerdings sieht man hiervon ab, weil die Servitutenersitzung besonderer Art ist. Einen Titel verlangt noch Muther a. a. O. § 13, vgl. dagegen Vangerow Bd. 1 § 351 S. 764, Windscheid Bd. 1 § 213 Anm. 7. Auch das RG. Bd. 4 S. 137 erfordert keinen Titel. Bona fides war nach römischem Rechte gleichfalls nicht erforderlich. Gemäß den rezipierten kanonischen Grundsätzen mußte sie aber vorhanden sein.

9) Nach BGB. § 1033 wird der Nießbrauch an einer beweglichen Sache durch Ersitzung erworben nach Analogie der Ersitzung des Eigentums. An Grundstücken kennt BGB. nur die sog. Tabularersitzung, vgl. § 900. Indessen erfolgt die Begründung, also auch die Ersitzung von Dienstbarkeiten, auch nach dem Inkrafttreten des BGB. noch so lange nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, Einf.Ges. Art. 189.

1) l. 6 § 1 D. de usu fructu 7, 1, l. 16 §§ 1 und 2, l. 22 § 3 D. fam. erc. 10, 2. Vgl. l. 18 D. comm. div. 10, 3. Dem BGB. ist dies fremd.

2) Das römische Recht ließ nur im religiösen Interesse den Zwang zur Einräumung eines Weges nach sonst unzugänglichen Begräbnisstätten zu, l. 12 pr. D. de religiosis 11, 7. In älteren deutschen Quellen dagegen wird mehrfach ein Anspruch auf einen Notweg anerkannt, vorzugsweise wohl veranlaßt durch das Durcheinanderliegen der Grundstücke der Dorfbewohner, vgl. Kraut, Grundriß § 98 n. 13 ff. Hieraus entstand im Anschluß an die römische Bestimmung eine gemeine Gewohnheit. Vgl. übrigens Menzel, das Recht des Notwegs, Wien 1896, Sonderabdruck aus den Juristischen Blättern n. 19 ff. Siehe ferner BGB. § 917, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 84 S. 238.

3) Vgl. namentlich unten im Familienrecht.

1. Sie hören auf zu bestehen:

a) wenn die dienende Sache untergeht oder unfähig wird eine Servitut zu tragen, sei es rechtlich, indem sie extra commercium tritt,[1] sei es tatsächlich, indem sie die natürlichen Eigenschaften verliert, auf welche sich die Servitut gründete, — es versiegt z. B. die Quelle für immer, aus welcher die Wasserleitung zugunsten eines Nachbargrundstückes gespeist wurde.[2]

Der Nießbrauch insbesondere erlischt infolge erheblicher Veränderung der dienenden Sache, durch welche die bisherige Art der Nutzung unmöglich wird. Demnach beseitigt der Abbruch eines Hauses oder seine Zerstörung durch Feuer den Nießbrauch, der auf ihm lag; an der Grundfläche kann er nicht fortbestehen. Ebenso macht die Errichtung eines Miethauses auf einem Gartengrundstücke dem Nießbrauche am Garten ein Ende.[3]

Für den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen gilt dies nicht.[4]

b) Die Prädialservitut endigt ferner, wenn das herrschende Grundstück untergeht, z. B. durch Abspülung, Erdschlupf.[5]

Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers; doch können die Erben aufs neue zum Nießbrauche berufen sein.

Der Nießbrauch zugunsten einer juristischen Person geht mit dieser unter,[6] ein solcher Untergang ist aber ein außergewöhnliches Ereignis. Damit also keine dem normalen Nießbrauch nicht entsprechende beständige Entwertung des Eigentums eintrete, setzten die klassischen Juristen die Dauer des Nießbrauchs einer juristischen Person auf 100 Jahre fest, als

---

1) Vgl. l. 17 pr. D. de usu fructu 7, 1. Die Servitut geht jedoch nach gemeinem Rechte nur dann notwendig unter, wenn sie im Widerspruch mit der öffentlichen Bestimmung der Sache steht.

2) l. 24 pr. § 1 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4.

3) Es war altes Prinzip, „rei mutatione interire usum fructum". l. 5 § 2 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4. Mit der späteren Entwicklung des Usufrukts steht dasselbe aber nicht mehr im Einklang. Jenes Prinzip beruhte auf der Anschauung, daß dem Nießbraucher für seine Person die spezifische Nutzung, welche gerade die Nießbrauchsache abwirft, eingeräumt werden sollte. Nach der Weiterentwicklung des Nießbrauchsinstitutes bezweckt dasselbe aber, dem Nießbraucher den pekuniären Ertrag eines Wertstückes zu sichern. Auf Grund dieser Anschauung erschien es auch statthaft, die Ausübung des Nießbrauches zu veräußern. Man mußte folgerecht dahin gelangen, von der Veränderung der Benutzungsweise abzusehen, wenn nur die Sache dieselbe bleibt. Übrigens läuft die Unterscheidung der römischen Juristen zwischen „erheblicher" Veränderung, die den Nießbrauch endet, und „unerheblicher", die ihn bestehen läßt, in Willkür aus. Verwandlung eines Waldes in einen Acker soll erheblich, Verwandlung eines Weinberges in ein Getreidefeld unerheblich sein, l. 6 — l. 12 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4. Anders Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 546. — Ging die erhebliche Veränderung vom Proprietar aus, so wird er „ex testamento" oder „de dolo" zur Entschädigung des Nießbrauchers verpflichtet. BGB. kennt „erhebliche Veränderung der dienenden Sache" als Erlöschungsgrund nicht.

4) l. 34 § 2 D. de usu fructu 7, 1.

5) Sie endet nicht, wenn das herrschende Grundstück derelinquiert wird. Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 3, Fadda in den studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini 1892 S. 73; dagegen Czyhlarz, Fortsch. von Glück Bd. 1 S. 126.

6) l. 21 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4.

äußerste Grenze des menschlichen Lebens und damit auch des Nießbrauchs einer physischen Person.[7] Seit jedoch erbliche Bestellung dieses Rechtes durch besondere Vereinbarung zulässig wurde, ist folgerecht auch seine Erstreckung zugunsten juristischer Personen über 100 Jahre hinaus durch besondere Willensbestimmung als zulässig anzusehen. Er läuft also nur im Zweifel mit 100 Jahren ab.[8]

c) Durch Konsolidation erlischt der Nießbrauch, wenn der Berechtigte das Eigentum aus einem unwiderruflichen Grunde erwirbt,[9] durch Konfusion die Prädialservitut, wenn das Eigentum des herrschenden und des dienenden Grundstückes sich in einer Hand vereinigt.[10] Die durch Konfusion erloschene Servitut lebt im Falle einer späteren Entäußerung eines der Grundstücke nicht wieder auf. Nur Neubestellung der früheren Servitut ist in diesem Falle möglich.[11] [12]

2. Verzicht seitens des Berechtigten hebt die Servitut auf. Er kann einseitig sein — Dereliktion —, bedarf also nicht der Annahme seitens des Eigentümers.[13] Auch stillschweigender Verzicht genügt; ein solcher

---

7) l. 56 D. de usu fructu 7, 1. Gajus libro 17 ad edictum provinciale: An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret . . . qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usu fructu. sed tamen placuit dandam esse actionem. unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est.

8) So Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 8 und dort Zitierte. Anders BGB. § 1061 „Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser".

9) § 3 J. de usu fructu 2, 4. Finitur autem usus fructus . . . si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Vgl. l. 17 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4, l. 35 D. de bonis libert. 38, 2. Nach BGB. § 1063 tritt Konsolidation nur ein, wenn es sich um eine bewegliche Sache handelt, doch gilt der Nießbrauch als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauches hat.

10) l. 1 D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit. Über den Satz: servitus per partes retinetur vgl. oben § 204 Anm. 5. BGB. hat die Konfusion als Erlöschungsgrund für dingliche Rechte an Grundstücken beseitigt, vgl. § 889.

11) Die Servitut lebt wieder auf, wenn der Eigentumserwerb rückwärts hin resziniert wird, l. 57 pr. D. de usu fructu 7, 1, vgl. l. 7 pr. D. de fundo dotali 23, 5. Auch eine Verpflichtung zur Wiederherstellung der Servitut kann eintreten.

12) l. 30 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2. Über die sog. Relativität der Konsolidation und Konfusion vgl. unten § 236 Anm. 4.

13) Ob einseitiger Verzicht genügt, oder ob es der Annahme des Verzichtes seitens des Proprietars bedarf, ist bestritten. Die Frage ist besonders wichtig für den Usufrukt, welcher mit Lasten verknüpft sein kann, die den zeitigen Ertrag übersteigen, so daß es im Interesse des Eigentums liegt, den Verzicht auf den Usufrukt zurzeit nicht anzunehmen. Nach altem römischen Rechte bedurfte es der in jure cessio an den Proprietar, damit die Servitut untergehe, also seiner Mitwirkung, doch ist zu beachten, daß ein Teil der römischen Juristen den Untergang auch im Fall der in jure cessio an einen extraneus eintreten ließ, so daß sich der Servitutberechtigte nach ihrer Ansicht von der Servitut ohne Mitwirkung des Proprietars losmachen konnte, vgl. oben § 209 Anm. 5. Im justinianischen Rechte ist nur noch von cedere usum fructum domino proprietatis oder concedere die Rede, § 3 J. de usu fructu 2, 4, vgl. l. 21 D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 20 D. de serv. praed. rust. 8, 3, l. 17 D. comm. praed. 8, 4. Die Annahme dieser Konzession seitens des Proprietars wird aber nicht gefordert. Die l. 64

liegt unter anderem in der Zustimmung des Servitutberechtigten zu Veränderungen der dienenden Sache, welche die fernere Ausübung der Servitut dauernd unmöglich machen.[14]

3. Endlich gehen die Servituten durch Nichtgebrauch — non usus — unter.[15]

Personalservituten[16] und Felddienstbarkeiten[17] werden infolge bloßen Nichtgebrauches beseitigt — eine besondere Art der erlöschenden Verjährung. Gebrauch heißt hier nicht Tätigkeit, als solcher gilt vielmehr ein gewisser der Servitut entsprechender Zustand, z. B. das stetige Fortfließen des Wassers in der Wasserleitung.[18] Nicht erforderlich ist, daß der Servitutberechtigte persönlich handelt. Der Ususfrukt erhält sich auch durch die Ausübung seitens eines Pächters, Käufers, Geschenknehmers,[19] die Prädialservitut ferner durch die Benutzung für das herrschende Grundstück, geschehe sie nun durch die Familie und das Gesinde seines Eigentümers oder durch Dritte und selbst durch einen bösgläubigen Grundstücksbesitzer.[20] [21] Aus welchem Grunde die Ausübung unterblieb, kommt nicht in Betracht; die Servitut erlischt daher, auch wenn ihrer Benutzung unübersteigliche Hindernisse entgegenstanden; doch findet in solchen Fällen Restitution statt.[22]

Zur Beendigung der Gebäudeservituten ist bloßer Nichtgebrauch nicht ausreichend; vielmehr muß usucapio libertatis hinzutreten,

und l. 65 pr. D. de usu fructu 7, 1 behandeln das „derelinquere usum fructum" als rechtsbeständig. Es genügt also einseitiges Aufgeben des Nießbrauches zu seiner Beendigung. Anders Windscheid Bd. 1 § 215 Anm. 11, RG. Bd. 48 S. 262, vgl. aber Meißels in Grünhuts Zeitschr. Bd. 18 S. 689, sowie Thon im Archiv für ziv. Praxis Bd. 80 S. 83 Anm. 1. Wie hier auch BGB. §§ 1064, 1072 bezüglich des Nießbrauchs an beweglichen Sachen und an Rechten, § 875 für den Nießbrauch an einem Grundstücke.

14) l. 8 D. quemadm. serv. amitt. 8, 6. Paulus libro 15 ad Plautium: Si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam et permisero jus tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi jus amitto. et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur et permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, amitto jus viae. Die Gestattung kann auch im bloßen Dulden der Anlage liegen. Aber nicht jedes Wissen von der Anlage ohne Widerspruch ist Verstattung. Vgl. hierzu BGB. § 1028, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 171 S. 490.

15) BGB. kennt diesen Erlöschungsgrund nicht.

16) § 3 J. de usu fructu 2, 4, l. 25 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4.

17) l. 6 D. de serv. praed. urb. 8, 2.

18) l. 12 D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6.

19) In l. 38 und l. 39 D. de usu fructu 7, 1 behaupten Gajus und Marcianus, den Ususfrukt übe auch aus, wer seine Ausübung verkauft habe „quia qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur, quam qui principali re utitur fruitur". Dies ist sehr gekünstelt. Ulpian in der l. 29 pr. § 1 quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4 huldigte dieser Ansicht mit Recht nicht.

20) l. 20 ff. D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6.

21) Die Servitut geht unter, wenn die Ausübung auf eine Servitut anderer Art ging, l. 10 pr., l. 11 pr., l. 17, l. 18 § 1 D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6, nicht wenn sie weiter reichte, l. 11 pr. D. eit. Teilweise Ausübung genügt zur Erhaltung des vollen Rechts, wenn man dies und nicht etwa bloß ein vermeintes anderes Recht ausüben wollte, l. 20 D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4, l. 2, l. 8, l. 9 D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6.

22) l. 14 pr. D. quemadmod. serv. amitt. 8, 6, l. 34 § 1, l. 35 D. de serv. praed. rust. 8, 3.

d. h. es ist notwendig, daß das dienende Grundstück während der Verjährungszeit in einem der Servitut widersprechenden Zustand belassen wurde.[23] [24] Dieser Zustand darf nicht auf prekaristischer Genehmigung beruhen,[25] denn hierin läge Betätigung des Rechts seitens des Konzedierenden, nicht dessen Vernachlässigung. Dagegen ist für die usucapio libertatis weder Titel noch guter Glaube erforderlich. Selbst Gewalt und Heimlichkeit steht ihr nicht entgegen. Denn im Grunde handelt es sich um Untergang der Servitut durch Nichtgebrauch, welcher hier nur die besondere Form einer Duldung der Ersitzung des entgegengesetzten Zustandes annimmt.[26]

Die Verjährungszeit bilden 10 Jahre inter praesentes und 20 Jahre inter absentes.[27]

Fünftes Kapitel.

Rechtsmittel des Servitutenrechts.

§ 218. Die actio confessoria.

Um der Servituten willen bestehen zwei Kategorien von Klagen, nämlich die actiones confessoriae wegen behaupteter und die actiones negatoriae gegen angemaßte Servituten.

---

23) l. 6 D. de serv. praed. urb. 8, 2. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Haec autem jura similiter ut rusticorum quoque praediorum certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet. Wirth, die libertatis usucapio 1854. Ein Baum, welcher die Aussicht versperrt, begründet keine usucapio libertatis. l. 7 D. de serv. praed. urb. 8, 2; vgl. Ihering, Besitzwille S. 283.

24) Unter serv. praed. urbanorum sind hier diejenigen zu verstehen, welche regelrecht als solche klassifiziert werden; vgl. oben § 202. Die usucapio libertatis ist auf Gebäudeservituten beschränkt. Sie kann nicht etwa bei Rustikalservituten gefordert werden, auch wenn sie in ähnlicher Weise einen dauernden Zustand des dienenden Grundstückes herbeiführen, z. B. das Recht geben, eine chaussierte Straße oder einen Stall zur Aufnahme des weideberechtigten Viehes zu haben. Vgl. jedoch Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 2.

25) l. 32 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2, l. 17 D. communia praediorum 8, 4.

26) Brinz Bd. 1 S. 796, dagegen Windscheid Bd. 1 § 216 Anm. 9 und 10, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 548. — Eine besondere Art der usucapio libertatis kennt BGB. § 1028, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 171 S. 490.

27) Nach älterem Rechte erloschen Servituten durch Nichtgebrauch an Mobilien in einem Jahre, an Immobilien in 2 Jahren, l. 13 C. de serv. 3, 34. Justinian hat die Zeit der longi temporis praescriptio eingeführt, also 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes. Er hat sich hierbei zum Teil unpräzis ausgedrückt, was Veranlassung zu zahlreichen, zwecklosen Streitfragen gegeben hat. Vgl. unsere früheren Auflagen.

Die actio confessoria ist der rei vindicatio verwandt.[1] Aber es handelt sich nicht, wie bei der Eigentumsklage, um Herausgabe des Besitzes; denn der Servitutenbesitz verleiht dem Besitzer keine so feste Stellung wie der Eigentumsbesitz. Die confessoria bezweckt vielmehr Sicherung des eingeklagten Servitutenrechts.[2] Daher steht sie dem besitzenden, wie dem nichtbesitzenden Servitutberechtigten zu.[3] Hiernach gestaltet sich das einzelne folgendermaßen:

1. Kläger ist der Servitutberechtigte. Einen Ususfrukt einklagen kann, wie der ursprüngliche Nießbraucher, so auch derjenige, dem die Ausübung veräußert ist.[4] Die Einklagung von Prädialservituten gebührt dem Eigentümer des herrschenden Grundstückes, als dem Servitutberechtigten.[5] Jeder Miteigentümer eines solchen Grundstückes ist selbständig servitutberechtigt und um deswillen auch selbständig zur Klage legitimiert.[6] Siegt er und fügt sich der Beklagte, so kommt dies auch den übrigen Miteigentümern zugute, unterliegt er, so schadet die Niederlage den übrigen nicht.[7]

---

1) Im prätorischen Album war keine allgemeine confessoria actio für alle Arten von Servituten aufgestellt, vielmehr wurden besondere Klageformeln für den Nießbrauch, für Wegerechte, Wasserleitungen und bestimmte Urbanalservituten proponiert, vgl. Lenel, edictum S. 148. BGB. verweist für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auf die Analogie der Negatorienklage (§ 1004), vgl. §§ 1027, 1090. Hinsichtlich des Nießbrauches bestimmt BGB. § 1065: Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

2) Die actiones confessoriae waren zweifelsohne arbitrariae. Aber sie enthielten nicht wie die Eigentumsklage den Zusatz, nisi ea res arbitrio tuo restituetur, vgl. l. 19 in fine D. de her. pet. 5, 3. Vielmehr ging beim Ususfrukt das richterliche Befinden dahin, ob Beklagter „patitur uti frui", im Verneinungsfall erfolgte Geldkondemnation, l. 1 pr., l. 5 § 6 D. si usus fruct. pet. 7, 6. In ähnlicher Weise war auch ohne Zweifel bei den actiones confessoriae wegen Prädialservituten, die ad exemplum earum, quae ad usum fructum pertinent — l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5. — abgefaßt waren, die Ermächtigung zum Zwischenbescheide gefaßt. Anderer Ansicht ist Lenel a. a. O. Er nimmt in die actio confessoria wegen des Ususfrukts eine Klausel auf „neque ea res restituetur", wofür die von ihm angezogene l. 5 § 4a D. si usus fruct. pet. 7, 6 eine unzureichende Stütze gewährt und will bei den anderen actiones confessoriae mit der einfachen Geldkondemnation auskommen, was aus sachlichen und historischen Gründen kaum annehmbar ist.

3) l. 5 § 5 D. si usus fructus pet. 7, 6.

4) Vgl. oben § 209 Anm. 7.

5) l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5, „nulli alii quam domino fundi competit".

6) l. 4 § 3, l. 6 § 4 D. eod. 8, 5, l. 1 § 5 D. de arbor. caed. 43, 27.

7) Hat das Urteil im Prozesse mit einem der Miteigentümer Rechtskraft für und gegen die anderen Miteigentümer, welche am Prozesse keinen Anteil nehmen? Dafür sind die meisten, namentlich Savigny Bd. 6 S. 479. Hierin läge aber eine kaum zu billigende Singularität, welche durch die Quellen nicht bestätigt wird. l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 führt aus, daß der Sieg eines von mehreren Miteigentümern eines Grundstückes im Streite um eine Prädialservitut den übrigen Miteigentümern zugute komme, wenn sich der Beklagte dem Servitutenrechte fügt. Dies ist notwendige Folge. Aber wenn es zur Geldverurteilung kommt, kann, wie die Stelle gleichfalls entscheidet, der Kläger doch nur sein persönliches Interesse liquidieren. Hieraus ergibt sich, daß die Klagen der übrigen Miteigentümer intakt bleiben, so daß sie ihre Ansprüche noch geltend machen können. Keinesfalls darf das dem klagenden Miteigentümer ungünstige Urteil den Mitberechtigten schaden. Wie sollte ihr Recht durch die Prozeßführung Dritter vernichtet werden. Die hier angeführte l. 19 D. si serv. vind. 8, 5 Marcianus libro 5 regularum bezeugt dies nicht. Si de communi servitute quis

Superfiziare, Emphyteuten, Pfandgläubiger sind gleichfalls zur Einklagung der Prädialservituten des Grundstückes legitimiert, an welchem ihnen ein dingliches Recht zusteht.[8] Der Nießbraucher ist hierzu befugt, soweit er durch Beeinträchtigung der Servitut in seinem Nießbrauche geschädigt ist.[9] [10]

Wer eine Servitut vom publizianischen Besitzer, Emphyteuta oder Superfiziar des dienenden Grundstückes erwarb, ist klagberechtigt gegen alle, welche diesen seinen Autoren unterlegen wären.[11]

2. Beklagter ist, wer sich zur Servitut in Gegensatz setzt, also sie stört oder bedroht. Dieser Gegensatz kann ein tätlicher oder ein wörtlicher, er kann ein vollständiger oder bloß teilweiser sein. Die Opposition muß sich aber gegen die Servitut selbst richten, nicht bloß gegen die Person des Servitutberechtigten, mit anderen Worten, die Servitut muß als solche in Frage gestellt, es darf nicht bloß eine persönliche Verletzung beabsichtigt sein.

Unter diesen Voraussetzungen sind belangbar Eigentümer, Besitzer und bloße Detentoren des dienenden Grundstückes, wie auch andere Personen, z. B. wer eine kollidierende Servitut in Anspruch nimmt.[12]

Besitzer in fremdem Namen haben das Recht der nominatio auctoris.[13]

Auch sog. ficti possessores sind haftbar.[14] [15]

---

bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse: sed si per collusionem cessit lite adversario, ceteris dandum esse actionem de dolo Celsus scripsit, idque ait Sabino placuisse. Nachlässige Prozeßführung des einen präjudiziert hiernach nicht den anderen. In dem Schlußsatz mag an den Fall gedacht sein, in welchem, während der eine Miteigentümer die Klage mit der Absicht des Verrates anstellte, die Servitut durch non usus unterging. Er harmoniert, wie er jetzt vorliegt, nicht mit dem Vordersatz. Vgl. auch Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 6. Wie hier Seeler, Miteigentum S. 127.

8) l. 16 D. de serv. 8, 1, l. 3 § 3, l. 9 D. de oper. nov. nunt. 39, 1.

9) Die herrschende Ansicht der römischen Juristen formuliert l. 1 pr. D. si usus fructus pet. 7, 6. Ulpianus libro 18 ad Sabinum: Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro 8 apud Julianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui. Dagegen gestattete Julian dem Usufruktuar die Vindikation der an das Nießbrauchgrundstück geknüpften Realservituten, l. 1 § 4 D. de remiss. 43, 25. Über die praktische Tragweite dieser Kontroverse vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 389.

10) Nach gemeinem Recht galten auch publizianische Besitzer wegen der Servituten der von ihnen besessenen Grundstücke als zur Klage befugt. Dem römischen Rechte dagegen war dieser Satz noch fremd, er beruht auf gemeinrechtlicher Weiterentwicklung und ging auf die Glosse zurück, l. 2 § 1 D. si serv. vind. 8, 5 gl. potest, vgl. Glück Bd. 10 S. 228 Anm. 10, Ihering, Abhandlungen S. 107, Windscheid Bd. 1 § 217 Anm. 7.

11) Siehe oben § 214 Anm. 5.

12) l. 10 § 1 D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 53 ad edictum: Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur vel per cujus fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam (non) ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero. — Anders steht es bei der servitus oneris ferendi l. 6 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 haec actio non alii competit quam domino aedium et adversus dominum.

13) Oben § 188 Ziff. 3, ZPO. § 77.

14) Oben § 188 Ziff. 4, l. 6 D. si usus fructus pet. 7, 6.

3. Zweck der Klage ist Anerkennung und Sicherung der eingeklagten Servitut. Je nach Bedürfnis schließt sich eine Verurteilung zur Herstellung des der Servitut entsprechenden Zustandes an, z. B. durch Einräumung des Besitzes oder durch Wegräumung von hindernden Anlagen.[16] Insbesondere wird künftigen Störungen begegnet. In Rom geschah dies regelmäßig durch Auflage einer sog. cautio de non turbando.[17]

Dem Kläger entgangene Nutzungen sind ihm nach den bei der Eigentumsklage entwickelten Grundsätzen zu ersetzen, so daß sich auch hier die Haftung des bösgläubigen und gutgläubigen Beklagten verschieden gestaltet. In entsprechender Weise ist jeder Schadensersatz zu gewähren.[18]

§ 219. Die actio negatoria.

Die actio negatoria ist das Gegenstück der actio confessoria.[1] Zahlreiche Einzelheiten stimmen in beiden Klagen überein, ihre Grundlagen waren jedoch verschieden. Denn die actio negatoria stützte sich auf das Eigentum und hatte seine Verteidigung zum Ziele.[2]

Nach römischem Rechte diente die actio negatoria nur der Abwehr angemaßter Servituten.[3 4] Dies beruhte zum Teil auf ihrer

15) Kläger hat die Existenz der Servitut und bei Prädialservituten seine Aktivlegitimation zu beweisen. Ebenso liegt ihm der Nachweis der Passivlegitimation des Beklagten ob.

16) Die Beseitigung geschieht auf Kosten des Beklagten, wenn diesen eine Schuld an der Anlage traf, sonst auf Kosten des Klägers, arg. l. 6 § 7 D. de aqua 39, 3, oben § 195 Anm. 27.

17) Vgl. l. 7 D. si serv. vind. 8, 5. Gemeinrechtlich begnügte man sich in der Regel mit richterlichen Verboten unter Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung. Verurteilung zur Kautionsstellung erfolgt nur, wenn sie nach der besonderen Lage nötig erscheint. ZPO. § 890, insbesondere Abs. 3.

18) Im römischen Rechte war diese Seite der confessoria wenig entwickelt, Jhering, das Schuldmoment S. 26 Anm. 42a; vgl. jedoch l. 5 § 3 D. si usus fructus pet. 7, 6, l. 4 § 2, l. 6 § 6 D. si serv. vind. 8, 5, l. 5 C. de serv. 3, 34.

1) Daher lautet Tit. Dig. 7, 6 si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur und Tit. Dig. 8, 5 si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. Vgl. Hesse, die Negatorienklage in Jherings Jahrb. Bd. 8 n. 4, Jäger, Klagegrund bei der actio negatoria. Göttinger Inaug.Diss. 1891.

2) Derzeit wird die actio negatoria meist unter den Eigentumsklagen abgehandelt. Windscheid Bd. 1 § 198 spricht von „Eigentumsklage wegen Eingriffs". Die Darstellung neben der actio confessoria rechtfertigt sich historisch und aus Zweckmäßigkeitsgründen. Vgl. aber auch BGB. § 1004.

3) l. 2 pr. D. si serv. vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum: De servitutibus in rem actiones competunt nobis . . . tam confessoria, quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.

4) Im prätorischen Album war nicht eine allgemeine actio negatoria aufgestellt, vielmehr bestanden spezielle actiones negatoriae gegen die Anmaßung des Ususfruktus und bestimmter Prädialservituten. Lenel, edictum S. 148, oben § 218 Anm. 1. Die intentio der gewöhnlichen Formel lautete: si paret N° N° jus non esse per fundum illum ire agere invito A° A°. Außerdem bestand eine actio „prohibitoria" mit der Formel si paret A° A° jus esse prohibendi. Zachariä, Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 258. Vgl. vorzugsweise jetzt Lenel, in der Zeitschr. der Sav.-Stiftg., rom. Abt. Bd. 12 S. 1 ff. Dort siehe die Literatur über die actio prohibitoria und die Anzweiflung derselben. Die actio prohibitoria erscheint hiernach als die jüngere, der negatoria ergänzende Formel gegen die Anmaßung prätorischer Servituten und Antastungen seitens eines Miteigentümers gerichtet. Anders Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 469.

geschichtlichen Entwicklung, da sie sich an die actio confessoria anlehnte. Es lag aber auch später in Rom kein dringendes Bedürfnis zur Erweiterung der Klage über ihre ursprünglichen Grenzen vor.[5] Nach gemeinem Rechte dagegen wurde die actio negatoria weiter ausgedehnt und zur Abwehr jeder angemaßten Eigentumsbeschränkung bestimmt.[6] Immerhin blieb ihr Hauptzweck die Abwehr einer Servitut, für diesen Fall sind im folgenden die Rechtsgrundsätze zu entwickeln und auf die anderen Klagfälle entsprechend anzuwenden.

1. Klagberechtigt ist der Eigentümer der Sache, an welcher die Servitut in Anspruch genommen wird.[7] Miteigentümer haben gegenüber einem angemaßten Usufrukt geteilte Klagen, da jeder nur die Freiheit seines ideellen Teiles von der Last des Nießbrauches zur Geltung bringen kann. Gegenüber der Anmaßung einer Prädialservitut hat dagegen jeder der Miteigentümer die Freiheit des Grundstückes im ganzen zu verteidigen, da die Prädialservitut dasselbe entweder ungeteilt belastet oder gar nicht besteht.[8]

Zur actio negatoria sind ohne Zweifel auch publizianische Besitzer berechtigt, ferner der Superfiziar, Emphyteuta und Pfandgläubiger des Objekts, an welchem die Servitut in Anspruch genommen wird.[9]

2. Die Klage ist gegen jeden begründet, der sich eine Servitut an der Sache des Klägers anmaßt.

Es genügt wörtliche Inanspruchnahme der Servitut, selbst wenn ein Versuch tatsächlicher Ausübung noch nicht vorliegt.[10] Andererseits reicht tätliche Anmaßung einer Servitut aus, ohne daß ein Recht ausdrücklich in Anspruch genommen wurde. Die Handlungen müssen darauf hinweisen, daß man sich dauernd wie ein dinglich an fremder Sache Berechtigter betragen will. Wer z. B. einmal Früchte eines fremden Grundstückes stahl, ist nicht negatorisch zu belangen, wohl aber, wer sie wiederholt an sich nimmt.

3. Zweck der Klage ist Feststellung der Freiheit des Eigentumes von der angemaßten Servitut. Hieran schließt sich die Sicherung gegen weitere Störungen. Nach römischem Rechte wurde der Beklagte angehalten, eine sog. cautio de non turbando zu stellen.[11]

---

5) Über die Frage, ob der Miteigentümer gegen Miteigentümer die actio negatoria anstellen konnte, vgl. oben § 159 Anm. 13.

6) Ebenso BGB. § 1004.

7) l. 5 pr. D. si usus fructus pet. 7, 6.

8) l. 6 § 4 D. si serv. vind. 8, 5. Vgl. BGB. § 1011.

9) Der Nießbraucher, welcher durch eine angemaßte Servitut in seinem Nießbrauche gestört wird, klagt konfessorisch zur Erhaltung der Integrität seines Nießbrauches.

10) Dies ist die herrschende, aber keineswegs unbestrittene Ansicht. Insbesondere verlangt Hesse a. a. O. S. 122 tatsächlichen Widerstand; vgl. hiergegen Arndts, § 169 Anm. 3, arg. l. 14 pr. D. si serv. vind. 8, 5 „si nova velis immittere, prohiberi a me potes, ferner Windscheid Bd. 1 § 198 Anm. 9.

11) l. 12 D. si serv. vind. 8, 5. Javolenus libro 2 epistolarum: Egi jus illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? respondi: judicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat. Im heutigen Rechte ist nach richterlichem Ermessen Strafe gegen weitere Störungen anzudrohen und nur in besonderen Fällen auch Sicherstellung zu fordern. ZPO. § 890 Abs. 3.

Der Beklagte hat endlich Schadensersatz zu leisten und zwar nach den Grundsätzen der Eigentumsklage[12] Selbst wenn der Beklagte die angemaßte Servitut tatsächlich noch nicht in Anspruch nahm, kann er schadensersatzpflichtig werden, z. B. wenn der Kläger infolge der dolosen Behauptung des Beklagten, daß ihm ein Wegerecht am Grundstücke des Klägers zustehe, am projektierten Verkaufe des Grundstückes an einen Baumeister gehindert wurde.

4. Bezüglich der Beweislast bei der actio negatoria gilt der Satz, daß Kläger nur sein Eigentum an demjenigen Grundstücke zu beweisen habe, dessen Freiheit er behauptet, oder eine sonstige Legitimation, dasselbe zu vertreten.[13] Der Beweis, daß die vom Beklagten angesprochene Servitut nicht existiere, wird von ihm nicht gefordert, gleichviel ob der Beklagte besitzt oder nicht. Denn wer sein Eigentum nachgewiesen hat, tut damit auch sein Recht, jeden Dritten auszuschließen, dar; Sache des letzteren ist es, zu seiner Verteidigung ein Recht nachzuweisen, kraft dessen er das Eigentum überwinden kann.[14]

§ 220. Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes.[1]

Im Interesse des Servitutenbesitzes bestanden besondere possessorische Interdikte. Diese Klagen entwickelten sich in Rom nicht generell

12) Vgl. l. 4 § 2 D. de serv. 8, 5. RG. Bd. 6 S. 222. Im römischen Rechte war freilich diese Funktion der actio negatoria wenig entwickelt. Daher half man sich je nach Umständen durch cautio damni infecti, siehe Burckhard bei Glück Buch 39 und 40 Bd. 2 S. 237 ff. Auch die actio doli konnte eingreifen.

13) Vgl. Vangerow Bd. 1 § 353 Anm. 2, Arndts § 169 Anm. 4, Windscheid Bd. 1 § 198 Anm. 15 und 16. Die im Text vertretene derzeit herrschende Ansicht über die Regelung der Beweislast ist nicht unbestritten. Einige behaupten, daß Kläger den Nichtbestand derjenigen Servitut zu beweisen habe, welche der Beklagte in Anspruch nimmt. Sie stützen sich hierbei auf den allgemeinen Satz, daß der Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen habe. Hierfür Du Roi im Archiv für ziv. Praxis Bd. 40 n. 2, Pape in Lindes Zeitschrift Bd. 16 n. 6. Dort finden sich weitere Literaturangaben. Diese Auffassung führt jedoch zu ganz verkehrten Resultaten. Der Eigentümer müßte hiernach jedem Angriffe eines Dritten gegenüber, der über sein Grundstück geht, den Beweis erbringen, daß hinter dieser Anmaßung kein Recht stehe. Manche unterscheiden, ob der Beklagte im Besitze der Servitut ist oder nicht. So Brinz Bd. 1 S 668. Sie behaupten, wenn er im Besitze der Servitut sei, müsse Kläger die Nichtexistenz des Rechtes des Beklagten nachweisen. Denn überall liege dem Kläger der Beweis ob, überall sonst sei der Besitzer vom Beweise frei. Nur wenn der Eigentümer, obwohl er tatsächlich im Besitze der Freiheit von der angemaßten Servitut sei, etwa um ein alsbaldiges Definitivum zu schaffen, anstatt sich im Besitze zu verteidigen, sofort zur Negatoria greifen wolle, müsse man dem Beklagten die Beweislast aufbürden; der Umstand, daß der Eigentümer Kläger sei, werde dann von der Tatsache, daß er Besitzer sei, überwogen.

14) Die Quellen ergeben, daß der Kläger, welcher mit der actio negatoria auftritt, zu beweisen hat, was er aber beweisen muß, darüber sprechen sie sich nicht aus. Doch wird die hier vertretene Ansicht unterstützt durch die l. 5 pr. D. si usus fructus pet. 7, 6. Ulpianus libro 17 ad edictum . . . quamquam actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quam alieno, cum invito se negat jus esse utendi fructuario vel sibi jus esse prohibendi. quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant. Vgl. im übrigen die früheren Auflagen. BGB. erleichtert den Eigentumsbeweis durch die Vermutungen der §§ 891, 1006.

1) Heerwart, zur Lehre von der quasipossessio und den damit verbundenen possessorischen Rechtsmitteln in Lindes Zeitschr. Bd. 12 n. 6 und n. 9.

nach einer allgemeinen Idee, sondern speziell nach konkret hervortretenden Bedürfnissen. Daher hatten nicht alle Servituten possessorischen Schutz. Die einzelnen Interdikte ferner waren nach der Verschiedenheit des äußeren Habitus der Servituten verschieden geartet.

1. Der Besitz des Nießbrauches sowie anderer mit der Innehabung der dienenden Sache verbundener Personalservituten wurde in Rom durch interdictum uti possidetis [2] und i. unde vi utile [3] nach Analogie des Sachbesitzes gesichert. [4]

2. Folgende Interdikte schützten den Besitz von Prädialservituten.

a) Das i. de itinere actuque privato [5] sicherte die Benutzung ländlicher Wege. [6] Vorausgesetzt war Benutzung des Weges durch oder für den Kläger oder dessen Autor im letzten Jahre vor der Klageerhebung [7] eine mäßige Zeit hindurch, und zwar weder mit Gewalt noch heimlich gegen den Beklagten oder bittweise von ihm. Als mäßige Zeit wurde Benutzung an 30 Tagen bezeichnet. [8] Die Klage forderte ferner Behinderung der Wegnutzung durch den Beklagten mittels Wort oder Tat. [9]

Ziel des Interdiktes war Sicherung künftiger Wegnutzung durch Strafandrohung, eventuell durch Kaution. [10] Die Reparatur des Weges konnte man mit diesem Rechtsmittel nicht durchsetzen; ein solcher Anspruch verlangt Nachweis eines Rechts. [11]

---

2) l. 4 D. uti possidetis 43, 17. fragm. Vat. § 90. Vgl. über die Fassung des i. utile Lenel, edictum Aufl. 2 S. 457.

3) l. 3 § 13 D. de vi 43, 16. Ulpianus libro 69 ad edictum: Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet „si prohibeatur uti frui usufructu fundi." fragm. Vat. § 91, Lenel, edictum Aufl. 2 S. 452.

4) Gemeinrechtlich wendete man das possessorium ordinarium und die Spolienklage entsprechend an. Nach BGB. genießt der Nießbraucher als Besitzer den Besitzschutz.

5) Tit. Dig. de itinere actuque privato 43, 19. Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen n. 1 1826, Althof, das interdictum de itinere actuque privato 1836, Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 7 S. 463. Über das Interditsformular siehe l. 1 pr. D. h. t. und Lenel, edictum Aufl. 2 S. 460.

6) l. 1 § 1 D. h. t. 43, 19.

7) l. 1 § 3 D h. t. 43, 19. In Fällen einer Behinderung in der Benutzung des Weges während des letzten Jahres, welche restitutio in integrum rechtfertigt, wird auf das vorletzte Jahr gesehen, l. 1 §§ 9 und 10 D. h. t. 43, 19.

8) l. 1 § 2 D. h. t. 43, 19. Ulpianus libro 70 ad edictum: Hoc interdicto praetor non inquirit, utrum habuit jure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam XXX diebus. Nach der herrschenden Ansicht wird hier Benutzung des Weges an 30 Tagen des letzten Jahres gefordert. Dies entspricht den Sprachgesetzen. Nach einer anderen Auslegung wird nur mehrmalige Ausübung im letzten Jahre verlangt, so jedoch, daß bezügliche Handlungen mindestens 30 Tage voneinander entfernt sind. Vgl. Althof a. a. O. S. 12 ff. und Vangerow Bd. 1 § 355 Anm. 1. Die gemeinrechtliche Praxis begnügte sich mit einer kürzeren Frist, wenn eine häufigere Ausübung nicht tunlich war. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 16 n. 221.

9) l. 3 §§ 3 und 5 D. h. t. 43, 19.

10) Vgl. l. 3 § 4 D. h. t. 43, 19.

11) In Rom bestand ein besonderes interdictum de itinere reficiendo. l. 3 §§ 11 ff., l. 4, l. 5 pr. § 1 D. h. t. 43, 19. Dasselbe war aber nicht possessorisch, setzte vielmehr

b) Das i. de aqua cottidiana et aestiva[12] war für ländliche und städtische Wasserleitungen bestimmt.[13] Es genügte einmalige Leitung im letzten Jahre, weder gewaltsam noch heimlich oder bittweise vom Beklagten.[14] Ferner mußte sie in gutem Glauben geschehen sein. Gestattung der Wiederherstellung und der Reinigung der Leitungen konnte, gestützt auf derartige tatsächliche Benutzung, gleichfalls beansprucht werden.[15]

Behufs des Wasserschöpfens und der Viehtränke bestanden entsprechende Klagen.[16]

c) Die Anlage einer Kloake, welche aus einem Gebäude oder Platze über ein fremdes Grundstück führte, rechtfertigte an sich schon die Klage auf Gestattung ihrer Wiederherstellung und Reinigung.[17] Es konnte nicht einmal eine Einrede darauf gestützt werden, daß Kläger die Kloake gewaltsam, heimlich oder bittweise benutzt habe, denn das öffentliche Wohl forderte ihre Reinigung unter allen Umständen.[18]

3. Servituten, welche sich in der äußeren Gestalt des herrschenden Grundstückes verkörpern, wie namentlich die Servituten des Einbaues und Überbaues, bedurften keines besonderen Besitzschutzes, denn ihre Verletzung ist zugleich Störung des Besitzes der herrschenden Sache. Infolgedessen standen diesen Servituten die possessorischen Rechtsmittel und die Spolienklage zugunsten des Sachbesitzes zu Gebote.[19]

4. Der Besitz negativer Servituten, z. B. einer Aussichtsgerechtigkeit, hatte im römischen Rechte keinen possessorischen Schutz.[20] Einen Ersatz gewährte das interdictum quod vi aut clam.[21] [22]

---

außer der letztjährigen Benutzung des Weges den Nachweis des rechtlichen Bestehens der Servitut voraus. Das Interdikt muß einer Zeit angehören, in der man mit der actio confessoria noch nicht die Vornahme der Wegebesserung erzwingen konnte, weil dieselbe nicht direkt den Inhalt der Servitut bildete. Seit sich dies änderte und dazu die Vorteile des Interdiktenprozesses wegfielen, fehlte dem i. de itinere reficiendo jede praktische Bedeutung.

12) Tit. Dig. de aqua cottidiana et aestiva 43, 20.

13) l. 1 § 13 D. h. t. 43, 20.

14) l. 1 §§ 10 und 19 D. h. t. 43, 20.

15) l. 1 pr. ff. D. de rivis 43, 21.

16) Es bestanden i. de fonte und de fonte reficiendo, siehe l. un. D. de fonte 43, 22.

17) l. 1 pr. § 8 D. de cloacis 43, 23.

18) l. 1 § 7 D. eod.

19) l. 20 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2. Paulus libro 15 ad Sabinum: Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. l. 32 § 1 D. eod.

20) Der Besitz negativer Servituten wird nicht schon durch das Vorhandensein des entsprechenden Zustandes in Verbindung mit dem Willen dessen begründet, der daraus Vorteil zieht, sich die Verkümmerung nicht gefallen zu lassen. Wer sich z. B. einer freien Aussicht über die Nachbargrundstücke erfreut, kann sich nicht durch seinen Entschluß ohne weiteres zum Besitzer einer Aussichtsgerechtigkeit machen, vgl. Hölder im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 S. 113, Pflüger, Besitzklagen S. 239. Der Besitz derartiger Servituten verlangt vielmehr einen erkennbaren Kausalzusammenhang zwischen dem Bestehen des betreffenden Zustandes und dem Willen des Eigentümers des herrschenden Grundstückes. Dieses Kausalitätsverhältnis kann durch ein Verbot des Eigentümers des herrschenden

Vierter Abschnitt.

Superfizies und Emphyteusis.

§ 221. Entwicklung von Superfizies und Emphyteusis.

Superfizies und Emphyteusis, die vererblichen und veräußerlichen dinglichen Rechte zu dauernder Benutzung fremden Bodens, zur Errichtung eines Gebäudes und behufs der Landkultur, entstanden zuerst auf publizistischem Gebiete.[1] Infolgedessen konnte man für sie juristische Konstruktionen verwerten, welche das römische Privatrecht ursprünglich nicht zuließ.

Es handelte sich darum, Staats-, Gemeindeland und kaiserliche Dominialgüter besser zu verwerten, als dies durch fiskalische Selbstbewirtschaftung oder mittels Zeitpacht möglich war. Ferner sollte kapitalarmen Bevölkerungsklassen zu einer ähnlichen Stellung wie Grundeigentümern verholfen werden, ohne jedoch die ihnen überlassenen Besitztümer dem Gemeinwesen ganz zu entfremden. Schließlich wurde dem öffentlichen Schatze durch Bodenzins eine stetige gleichmäßige Rente gesichert.

Zuerst bildete sich die Superfizies aus.[2] Dem alten Rechte gehört das interdictum de superficiebus des Superfiziars an, welchem ein Gebäuderecht auf Grund von Erbpacht zustand.[3] Das Interdikt war

---

Grundstückes hergestellt werden, dem sich der andere Teil fügt oder auch durch einen Vertrag, welcher den Zustand sichern soll. So Bossiert, Servitutenbesitz S. 25. Vgl. oben § 154.

21) Vgl. l. 5 § 10 D. de oper. nov. nunt. 39, 1, l. 6 § 1 D. si serv. vind. 8, 5.

22) Die gemeinrechtliche Praxis schützte den Rechtsbesitz generell durch Possessorium und Spolienklage. Infolgedessen genoß jeder Servitutenbesitz possessorischen Schutz, auch wenn er ihm nach römischem Rechte nicht zustand. Die possessorischen Rechtsmittel des römischen Rechts für einzelne Arten von Servituten haben jedoch auf dem betreffenden Gebiete ihre Geltung behauptet. BGB. § 1029 fordert zum Besitzschutze einer Grunddienstbarkeit, daß sie für den Eigentümer im Grundbuche eingetragen und mindestens einmal ausgeübt worden sei. Wird dann der Besitzer des herrschenden Grundstücks innerhalb eines Jahres seit der letzten Geltendmachung in der Ausübung gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Analoges gilt für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, § 1090 Abs. 2. Solange indessen das Grundbuch für das belastete Grundstück noch nicht als angelegt anzusehen ist, finden die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitze einer Grunddienstbarkeit auch nach dem Inkrafttreten des BGB. Anwendung. Nach dieser Zeit gelten für Dienstbarkeiten, die der Eintragung bedürfen, die Vorschriften des § 1029. Für solche, deren Eintragung nicht erforderlich ist (Einf.Ges. Art. 128, 187), gelten nach dieser Zeit jedenfalls nicht mehr die Bestimmungen des bisherigen Rechts über den Besitzschutz, die Bestimmungen des BGB. aber nur ausnahmsweise. Vgl. Einf.Ges. Art. 191. Vgl. hierzu Preuß. Ausf.Ges Art. 28. Siehe Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 30 S. 88.

1) Pernice, Parerga II S. 83 in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 5 S. 82.

2) Über die Geschichte der Superfizies siehe vorzugsweise Degenkolb, Dekret der Dekurionen von Puteoli, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 474 und Degenkolb, Platzrecht und Miete 1867, Schmidt, das Recht der Superfizies in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 11 S. 132.

3) Das interdictum lautete — l. 1 pr. D. de superficiebus 43, 18 —: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec

bestimmt, den Streit darüber zum Austrage zu bringen, wer von mehreren Prätendenten der wahre Superfiziar sei, eine Frage, die bei Erbpachtsverhältnissen, die in ferner Vorzeit begründet sind, sehr leicht zweifelhaft werden kann. Dem i. de superficiebus schloß sich später eine actio in rem utilis des Superfiziars gegen den Besitzer der Sache an. Sie ging auch gegen den Grundherrn, wenn derselbe dem Superfiziar den Besitz der Superfizies vorenthielt. Damit gewann die Superfizies das Gepräge eines dinglichen Rechts.[4]

Im Laufe der Zeit wurde auch Privaten gestattet, ihre Grundstücke zur Superfizies auszutun. Dieser Schritt war nicht ohne Bedenken. Bis dahin hatte das Privatrecht solche dingliche Rechte ausgeschlossen, welche eine dauernde Trennung der Nutzung vom Eigentume mit sich brachten, da dieselbe soziale und wirtschaftliche Nachteile im Gefolge hat. Man sah jetzt hierüber hinweg, um Unbemittelten den dauernden Besitz von Wohngebäuden zu verschaffen.

Nach altem Herkommen verpachteten ferner[5] Gemeinden und Priesterschaften an kleine Leute landwirtschaftliche Grundstücke, hauptsächlich Rottländereien — agri vectigales — für immer oder auf lange Zeit vererblich gegen einen jährlichen Zins.[6] In den Provinzen tat der Staat Grundstücke zur Erbpacht aus.[7] Die Magistrate gewährten auch solchen Erbpächtern eine actio in rem utilis gegen jeden Besitzer und erkannten ihnen damit ein dingliches Recht zu.[8] Hieraus erwuchs die Streitfrage, ob solche Geschäfte Kauf oder Pacht seien.[9] Waren sie Pacht, so hatte der Erbpächter in Fällen der zufälligen Verminderung des Vektigalgrund-

precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto. Über die Beziehung zu den übrigen Interdikten und ihren ursprünglichen Zielen vgl. Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 146 S. 1260. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 78 ff.

4) Daß man den Schritt zögernd tat, ergibt die Fassung des in l. 1 pr. D. h. t. mitgeteilten Edikts: si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Die causae cognitio betraf ursprünglich ohne Zweifel das ganze Sachverhältnis. Nur wenn der Prätor die Umstände besonders dazu angetan fand, gab er die dingliche Klage. Nachdem sich die Klage eingebürgert hatte, erschien der Zweck besonderer causae cognitio zweifelhaft. Jetzt bezog man sie einzig auf die Frage, ob das Verhältnis für so lange Zeit begründet sei, daß eine besondere dingliche Klage erforderlich schien, l. 1 § 3 D. h. t. 43, 18.

5) Über die Geschichte der Emphyteuse vgl. Vuy, de originibus et natura juris emphyteutici Romanorum, Heidelberg 1838, Mitteis, zur Geschichte der Erbpacht 1901. Dort S. 3 Anm. 1 siehe weitere Literatur. Vgl. auch Mitteis, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 22 S. 151, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 147 S. 1268.

6) In der l. 1 D. si ager vectigalis 6, 3 geht Paulus durchweg davon aus, daß die agri vectigales Grundstücke der Gemeinden seien. Auch Gaj. Inst. III § 145 versteht unter derartigen Grundstücken nur praedia municipum. Vgl. hierzu Hygin. p. 116: virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt locatim. Begründung eines Vektigalverhältnisses durch Private war zwar schwerlich rechtlich unzulässig, kam aber tatsächlich kaum vor; vgl. Mitteis a. a. O. S. 23 Anm. 1, Karlowa S. 1269.

7) Mitteis a. a. O. S. 18.

8) l. 1 § 1 D. si ager vectigalis 6, 3, vgl. Lenel, edictum Aufl. 2 S. 182.

9) Gaj. Inst. III § 145.

stückes, ja selbst bei außergewöhnlichem Mißwachse Anspruch auf Nachlaß vom Pachtzinse,[10] behandelte man das Geschäft als Kauf, so traf den Bebauer als Käufer alle Gefahr.

Verwandter Art war die in Griechenland seit alters übliche *Emphyteuse* d. h. Erbverpachtung behufs *Anpflanzung von Baumgärten und Weinbergen*.[11] Sie wurde bei kaiserlichen Dominialgrundstücken — agri patrimoniales — häufig angewandt. Allmählich verschmolzen Vektigalrecht und Emphyteuse zu einem Rechtsinstitute.[12] Auch die Kirche gab in der christlichen Kaiserzeit ihre Güter oft zur Emphyteuse.

Der alte Streit über die Natur des Erbzinsvertrages wurde von Kaiser Zeno geschlichtet. Er soll weder Pacht noch Kauf sein, sondern ein eigenartiger emphyteutischer Vertrag. Die wichtigste praktische Frage, welche sich an den bisherigen Streit knüpfte, wurde dabei zu ungunsten des Bebauers entschieden. Es soll eine Reduktion des Zinses bei zufälliger Verminderung oder Verschlechterung der Emphyteuse nicht mehr eintreten.[13] Der Billigkeit und wahren Gerechtigkeit entspricht dies schwerlich.

Superfiziar und Emphyteuta nahmen im wirtschaftlichen und sozialen Leben eine dem Grundeigentümer ähnliche Stelle ein. Dies machte sich auch bei der weiteren Ausbildung ihrer Rechte geltend. Man verwertete für sie die Analogie des Eigentums, soweit dies mit dem Grundcharakter dieser Institute als weitausgedehnter Nutzungsrechte vereinbar war. Gleichwohl bilden sie nur dingliche Rechte an fremden Sachen. Eigentümer ist

---

10) Insbesondere verteidigte Papinian die Remission am Zins beim Mißwachs der Vektigalgrundstücke, l. 15 § 4 D. locati 19, 2. Viele beziehen Papinians Äußerung auf „Zollpachtungen", so Vangerow Bd. 1 § 359, Windscheid Bd. 1 § 220, Anm. 7. Dies stimmt nicht mit dem Zusammenhange seiner Ausführung; siehe Pernice a. a. O. S. 86.

11) Dittenberger, de inscriptione Thisbensi ad emphyteuseos jus spectante: zum Lektionskatalog von Halle 1891/92, Mitteis S. 6, der nachweist, daß auch in Griechenland bebautes Land zur Erbpacht gegeben worden ist.

12) In der l. 15 § 1 D. qui satisdare cog. 2, 8 wird dem Macer zugeschrieben: sed et qui vectigalem id est emphyteuticum agrum possidet. Offenbar ist dies eine Interpolation. Sie beweist aber, daß das justinianische Gesetzbuch Emphyteuse und Vektigalrecht gleichstellte. Dies geht auch aus der Überschrift des Pandektentitels 6, 3 hervor: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur. Mit Grund spricht sich Lenel, edictum a. a. O. gegen Rudorff aus, welcher hier Worte des Ediktes findet. Die Ausbildung des emphyteutischen Rechts geschah erst nach Hadrian, seine Identifizierung mit dem Vektigalrechte erfolgte Jahrhunderte später.

13) l. 1 C. de emphyteutico jure 4, 66. Imp. Zeno A. Sebastiano p. p. Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc jus tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum a. 476—484.

der Grundherr. Sein Recht ist das fundamentale, auf die Totalherrschaft angelegte. Daher konsolidiert es sich von Rechts wegen, wenn Superfizies oder Emphyteusis erlöschen.[14]

§ 222. Superfizies.[1]

I. Superfiziarrecht — Platzrecht, Erbbaurecht — ist das vererbliche und veräußerliche dingliche Recht, ein Gebäude oder eine andere Anlage dauernd auf fremdem Boden zu haben. Die Superfizies unterlag in Rom einer Reihe von Beschränkungen, welche im modernen Recht beseitigt sind. Die Römer kannten Superfiziarrechte nicht ohne Bodenzins — solarium.[2]

---

14) Lange Zeit hindurch nahmen die neueren Theoretiker bei der Emphyteusis, der Superfizies und bei dem Lehen eine Teilung des Eigentumes an. Dem Nutzungsberechtigten schrieb man nutzbares Eigentum oder Untereigentum — dominium utile —, dem Grundherrn Obereigentum — dominium directum — zu. Der Ausdruck dominium utile stammt von den Glossatoren. Diese sprechen überall von einem dominium utile in dem Sinne, wie nach den Quellen eine utilis rei vindicatio besteht, vgl. Landsberg, Glosse des Accursius S. 97. Das dominium utile umfaßte hiernach ganz verschiedene Fälle — auch die oben § 188 Anm. 4 ff. besprochenen —, eine gemeinsame Idee lag ihm offenbar nicht zugrunde. Später identifizierte man aber das dominium utile mit nutzbarem Eigentume. Damit beschränkte man den Begriff auf das Recht des Emphyteuta, Superfiziars, Vasallen und ähnlicher Nutzungsberechtigter. Nunmehr kam der Gedanke der Teilung des Eigentums auf. Man unterstellte, daß die in dem Eigentume begriffenen verschiedenen Rechte auch verschiedenen Eigentümern zukämen. Wer nur die Proprietät, d. h. die Verfügung über die Substanz habe, galt als Obereigentümer, wem einige Rechte der Proprietät und zugleich die Nutzung der Sache zustehe, als nutzbarer Eigentümer. Gegen diese Theorie trat vor allem Thibaut auf: Versuche Bd. 2 Abh. 3 und Abhandlungen n. 11. Seine Ausführungen hatten durchschlagenden Erfolg. Die Lehre vom geteilten Eigentum ist mit dem römischen Eigentumsbegriffe unvereinbar; hiernach ist Eigentümer, wessen Recht auf die Gesamtherrschaft über die Sache geht, wer also alle Befugnisse hat, die nicht ausdrücklich anderen verliehen sind. Diese Stellung hat nur der Grundherr, nicht der Superfiziar oder Emphyteuta. l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2, l. 49 D. de V. S. 50, 16.

1) Tit. Dig. de superficiebus 43, 18; Degenkolb, Platzrecht und Miete 1867; Wächter, Platzrecht in den Programmen der Leipziger Juristenfakultät und in 2. Ausgabe in der Sammlung von Abhandlungen dieser Fakultät 1868; A. Schmidt, das Recht der Superfizies, in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 11 S. 121; Coviello, la superficie im archivio giuridico Bd. 49 S. 3; Lucci das. Bd. 52 S. 251 und die bei Wächter und Coviello Angeführten. Vgl. BGB. §§ 1012 ff.: „Erbbaurecht", Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 162 S. 464.

2) Degenkolb a. a. O. S. 29. Das i. de superficiebus l. 1 pr. D. h. t. — abgedruckt oben § 221 Anm. 3 — forderte Überlassung des Baurechtes „ex lege locationis sive conductionis". Wenn Ulpian bei Besprechung der Klagen des Superfiziars in der l. 1 § 1 D. h. t. äußert: „si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest", so denkt er unseres Erachtens nicht an verschiedene Verträge, sondern an die verschiedene Auffassung, welche der Normalvertrag bei den Juristen der klassischen Zeit fand, indem er von einigen als Miete, von anderen als Kauf charakterisiert wurde, vgl. Gaj. Inst. III § 145. Daher konnte Gaj. libro 25 ad edictum provinciale l. 2 D. h. t. definieren: Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt. Ähnlich Paulus in der l. 74 D. de rei vind. 6, 1; vgl. ferner l. 17 D. de pign. act. 13, 7, l. 15 D. qui potior. 20, 4, l. 39 § 2 D. de damno infecto 39, 2, l. 2 § 17 D. ne quid in loco publico 43, 8. Offenbar kannte man hiernach nur zinsbare Superfiziarrechte. Die l. 32 § 5 D. de jure dotium 23, 3 steht nicht entgegen. Sie handelt vom Verkauf eines Hauses auf Abbruch, Degenkolb a. a. O. S. 38. Vgl. Pernice, Parerga II a. a. O. S. 90 Anm. 1, Schmidt a.

Es galt ferner als selbstverständlich, daß der Superfiziar das Gebäude seinerseits auf dem fremden Boden errichte.[3] Endlich kennen die Römer Superfiziarrechte ausschließlich für Gebäude.[4]

II. Die Quellen regelten die Verhältnisse der Superfizies nur unvollkommen; die Lücke ist durch Schlüsse aus dem Wesen des Institutes auszufüllen. Hier kam vorzugsweise die Analogie des Eigentums in Betracht.[5]

1. Zur Begründung von Superfiziarrechten genügte demnach kein bloßer Vertrag, vielmehr war Tradition erforderlich.[6] Auch durch Vermächtnis konnte ohne Zweifel eine Superfizies verliehen werden.[7] Endlich war Ersitzung nicht zu entbehren, und praktisch anerkannt. Wo blieben sonst altbegründete Superfiziarrechte, deren Titel im Laufe der Zeiten verschollen sind? Die Analogie der Eigentumsersitzung bestimmt das einzelne; Voraussetzung ist natürlich Besitz des superfiziarischen Rechts.[8]

2. Der Erwerb der bestehenden Superfizies ging, entsprechend der Begründung einer noch nicht bestehenden, durch Tradition,[9] Vermächtnis, Ersitzung vor sich.

3. Ob der Superfiziar Sachbesitz habe oder für den Grundherrn

---

a. O. S. 152. Nach modernem Recht ist der Bodenzins nichts Wesentliches. Vgl. RG. Bd. 7 S. 145. Auch BGB. sieht von einem Bodenzins ab.

3) So Degenkolb in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 484; Brinz, Pand. Bd. 1 S. 807; Pernice, Parerga a. a. O. S. 90 Anm. 1, anders Wächter a. a. O. S. 76. Vgl. die Inschrift des Adrast, Bruns fontes ed. VI. p. 303: Exemplario litterarum ... quibus ei permissum sit aedificare loco cannabae a solo aedificium juris sui pecunia sua praestaturus solarium sicut ceteri. Nach gemeinem Rechte war Begründung einer Superfizies an einem bestehenden Gebäude oder auch an einem Stockwerke desselben zulässig. Vgl. RG. Bd. 7 S. 145, Bd. 31 S. 170. Siehe auch Friedr. Ackermann, über Stockwerkseigentum. Göttinger Inaug.Diss. 1891. BGB. § 1014: „Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Grundstücks, insbesondere ein Stockwerk ist unzulässig" bezieht sich nur auf Erbbaurechte, die nach Inkrafttreten des BGB. begründet werden. Vgl. auch Einf.Ges. Art. 182.

4) Nach heutiger Auffassung sollen Superfiziarrechte auch für andere Anlagen, z. B. für Bäume, Wälder, Eisenbahnen bestehen. Wächter a. a. O. S. 54. Eine Superfizies ist auch in Gestalt eines Kellers möglich. Denn auch der Keller ruht auf dem Grund und Boden; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 152, Wächter a. a. O. S. 53. Nach BGB. muß es sich jedenfalls um ein Bauwerk handeln.

5) Vgl. oben § 221 am Ende, BGB. § 1017.

6) Tradition ist nach l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18 die Form für die Übertragung einer bestehenden Superfizies. Die Konsequenz verlangt, daß man sie auch für die Neubegründung fordert. Windscheid ist anderer Ansicht Bd. 1 § 223 Anm. 12 und 15, aber mit Recht erklärt sich gegen ihn Lenel in Jherings Jahrb. Bd. 19 S. 191. Vgl. RG. Bd. 9 S. 194. BGB. § 1015 fordert Erklärung der Einigung des Eigentümers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt, und Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuche. Nach GBO § 7 ist auf Antrag für das Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen; die Anlegung erfolgt von Amts wegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll.

7) Vgl. Arndts, gesammelte Schriften Bd. 1 S. 233. Nach BGB. kann durch Vermächtnis nur ein obligatorisches Recht auf Einräumung eines Erbbaurechtes begründet werden.

8) RG. Bd. 7 S. 146. Auch publizianische Superfiziarrechte sind möglich, insbesondere im Falle gutgläubigen Erwerbes vom Nichteigentümer. BGB. § 900 Abs. 2 kennt nur die Tabularersitzung.

9) l. 1 § 7 D. h. t. 43, 18. Vgl. BGB. § 1017.

detiniere und bloßer Rechtsbesitzer sei, ist bestritten. Nirgends aber findet sich die Ansicht, daß der Grundherr Besitz der superfiziarischen Grundstücke behalte. Dies liefe in der Tat auf eine bloße Fiktion hinaus. Der Superfiziar ist vielmehr als der Sachbesitzer anzusehen.[10] Als Besitzer hat der Superfiziar die possessorischen Klagen. Ebenso stehen ihm die petitorischen Rechtsmittel gleich dem Eigentümer zu Gebote, also namentlich Vindikation, konfessorische und negatorische Klagen.

4. Der Superfiziar kann sein Recht veräußern, die Sache verpfänden,[11] mit Lasten beschweren,[12] unvorgreiflich der Rechte des Grundherrn. Er hat das unbeschränkte Dispositionsrecht über das Gebäude. Nach dessen Abbruch gehört ihm das Baumaterial. Erhaltung oder Wiederherstellung des Gebäudes liegt ihm an sich nicht ob, kann ihm aber auferlegt sein. Wem eine Superfizies am Teil eines Hauses, z. B. an einem Keller, einem Stockwerke zusteht, ist gegenüber dem Eigentümer, sowie den Superfiziarien anderer Teile zur Erhaltung seines Gebäudeteiles verpflichtet. Diese Belastung ergibt sich von selbst aus seinem eigenartigen Rechte.

5. Der Grundzins, welchen der Superfiziar dem Grundherrn zu leisten hat, gleicht einer Reallast. Er verpflichtet jeden Besitzer der Superfizies zur Zahlung aller während seiner Besitzzeit fälligen Prästationen und verbindet ihn zur Leistung der Rückstände aus der Zeit der Vorbesitzer.[13]

6. Der Superfiziar hat die öffentlichen Abgaben zu entrichten.[14]

7. Die Superfizies erlischt, wenn die bei ihrer Begründung gesteckte Zeit abgelaufen ist, ferner wenn eine Verfallsklausel hinzugefügt wurde, z. B. für den Fall mehrjähriger Nichtzahlung des Bodenzinses, sofern der

10) Gegen den juristischen Besitz des Superfiziars erklären sich Degenkolb a. a. O. S. 92, Wächter a. a. O. S. 45. Vor allem ist Arndts, über den Besitz der Emphyteuse in Lindes Zeitschr n. F. Bd. 3 S. 367 ff. und in den gesammelten Schriften Bd. 1 S. 277 zu vergleichen. Doch auch seine Gründe sind nicht schlagend. Man mag nach heutigem Rechte dem Grundherrn Besitz seines Rechts gegenüber dem Emphyteuta zuschreiben. Dies entspricht dem realen Verhältnisse und gibt den Schlüssel zur Lösung von Schwierigkeiten, die Arndts hervorhebt. Aber Besitzer der Sache ist er nicht.

11) l. 1 § 6 D. h. t. 43, 18, l. 16 § 2 D. de pign. act. 13, 7, l. 13 § 3 D. de pign. 20, 1, l. 15 D. qui potior. 20, 4. Der Superfiziar verpfändet nach römischer Auffassung die Sache — Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 218 ff. —, nicht bloß sein Platzrecht. — Wächter a. a. O.

12) l. 1 § 9 D. de superficiebus 43, 18, l. 1 pr. D. quib. mod. usus fruct. amitt. 7, 4; siehe oben § 214 Anm. 4.

13) Wie die Römer die Verpflichtung des Superfiziars und Emphyteuten zur Zahlung des Zinses rechtlich konstruierten, ist streitig. Der erste Erbzinsmann willigte für sich und seine Erben in die lex locationis ausdrücklich; sie hafteten also infolge der actio locati — l. 1 § 1 D. de superficiebus 43, 18, l. 1 ff. D. si ager vectigalis 6, 3; Singularsukzessoren unterwarfen sich der lex locationis stillschweigend. Und zwar galt es als Vertragsrecht, daß sie auch die Rückstände aus der Zeit der Vorbesitzer übernahmen, arg. l. 7 D. de publicanis 39, 4, l. 39 § 5 D. de leg. I. Ohne Zweifel war für die Ausbildung dieser Rechtssätze die Behandlung der öffentlichen Abgaben Vorbild, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 352; Pernice, Parerga a. a. O. S. 88. Immerhin mußte es möglich sein, sie nach privatrechtlichen Kategorien zurechtzulegen. — Im modernen Rechte sind die Verbindlichkeiten zur Zinszahlung einfach nach Analogie der Reallasten zu behandeln, sie lasten auf der Sache und verpflichten den jeweiligen Besitzer.

14) Nach Analogie der Emphyteusis und des Ususfruktus, Windscheid Bd. 1 § 223 Anm. 10.

Grundherr sich für die Verwirkung erklärt.[15] [16] Auch Dereliktion beendigt die Superfizies.[17] Endlich ist erlöschende Verjährung möglich. Man hat sie nach Analogie derjenigen des Pfandrechtes zu behandeln.[18]

§ 223. Emphyteusis.[1]

I. Die Emphyteusis ist ein dingliches Erbpachtrecht, welches auf dem römischen Normalstatut über die Rechte und Pflichten des Emphyteuta beruhte. Von der Superfizies abgesehen waren dingliche Erbpachtrechte nur in der Form der Emphyteuse möglich.[2] Sie entwickelte sich zunächst bei landwirtschaftlichen Grundstücken, wurde aber auch an anderen Immobilien und selbst bei Gebäuden zugelassen.[3]

II. Die Begründung neuer Emphyteusen, wie auch der Erwerb bestehender geschah wie bei der Superfizies durch Tradition,[4] Vermächtnis, Ersitzung.[5] Für die Begründung kirchlicher Emphyteusen durch Vertrag bedurfte es der Schriftlichkeit. Abweichungen von den gesetzlichen Normen mußten auch bei weltlichen Emphyteusen schriftlich vereinbart sein.[6]

---

15) Gesetzliche Fälle der Verwirkung, wie bei der Emphyteusis, gibt es bei der Superfizies nicht: vgl. Wächter a. a. O. S. 108.

16) Untergang der belasteten Sache beendigt die Superfizies. Untergang des Hauses beendigt sie in der Regel nicht, da sie in dem Rechte besteht, auf fremdem Boden ein Haus zu haben und zu behalten. Auch nach BGB. § 1016 erlischt das Erbbaurecht nicht durch Untergang des Bauwerks.

17) Vgl. Wächter a. a. O. S. 120, siehe auch unten § 223 Anm. 23, BGB. § 875.

18) Vgl. Wächter a. a. O. S. 109.

1) Vgl. vorzugsweise Arndts, gesammelte zivilistische Schriften Bd. 1 S. 210 ff., Perna, l'enfiteusi nel diritto antico e moderno 1892 cap. I. Einf.Ges. zum BGB. Art. 63 läßt die landesgesetzl. Vorschriften über das Erbpachtrecht unberührt.

2) In Deutschland bestanden seit alters Erbzinsgüter verschiedener Art. Sie sind nach den Verträgen, nach ihrem Herkommen und nach lokalen Rechtsnormen zu beurteilen. Der Theorie der römischen Emphyteuse unterlagen sie nur, wenn sie als solche gewollt waren. RG. Bd. 15 S. 184. Dies ist nicht häufig, kommt aber vor. Namentlich finden sich hier und da kirchliche Emphyteusen, d. h. solche, deren Grundherren Kirchen oder kirchliche Institute sind. Arndts, Pand. § 195 Anm. 4. Im deutschen Mittelalter erhielten ferner die Bauern vielfach von den Gutsherren Bauerngüter zu erblichem Nutzungsrechte, und zwar unter mancherlei Namen und vielfach verschiedenen rechtlichen Bedingungen; vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatr. Bd. 2 § 189.

3) Arndts, ges. Schriften Bd. 1 S. 215. Die l. 15 § 26 D. de damno infecto 39, 2 bezieht sich wohl auf eine Superfizies, bei der auch vectigal scil. solarium üblich war. Anders jedoch steht es mit nov. 7 cap. 3 § 2 und nov. 120 cap. 1 § 2.

4) In den Quellen wird von der Notwendigkeit der Tradition nichts gesagt. Viele halten daher den Vertrag zur Begründung der Emphyteuse für ausreichend; vgl. Windscheid Bd. 1 § 221 Anm. 3 und dort Zitierte. Aber die Analogie der Superfizies spricht hiergegen. — Gutgläubiger Erwerb vom Nichteigentümer gibt publizianisches emphyteutisches Recht, l. 12 § 2 D. de Public. act. 6, 2. Nach Einf.Ges. zum BGB. Art. 63 finden auf das Erbpachtrecht die Vorschriften des § 1017 BGB. entsprechende Anwendung.

5) In l. 12 § 2 D. de Public. act. 6, 2 wird die Möglichkeit der usucapio von Vektigalgrundstücken geleugnet. Dies beweist aber nichts gegen die Zulassung der longi temporis praescriptio und der justinianischen Ersitzung. Jedenfalls ist Herkommen und Praxis für die Ersitzung der Emphyteusen, vgl. Arndts, ges. Schriften S. 235. Anderer Ansicht Zimmern in seinen und Neustetels Untersuchungen n. 5 S. 127.

6) Dies ist die gemeine Meinung, welche sich auf nov. 120 cap. 6 § 2 stützt. Glück Bd. 8 S. 462; Arndts, Schriften S. 232. l. 1 C. de emphyt. jure 4, 66, abgedruckt oben § 221 Anm. 13, l. 2 pr C. cod.

Der Emphyteuta hatte das Recht auf den Sachbesitz und infolgedessen die possessorischen Rechtsmittel.[7] Die petitorischen Klagen standen ihm in der Weise eines Eigentümers zu.[8] Er konnte veräußern, verpfänden und dingliche Lasten auf die Sache legen, unbeschadet der Rechte des Grundherrn.[9]

Das Nutzungsrecht des Emphyteuta ist ein ausgedehntes. Er gewinnt die Früchte mit ihrer Separation, nicht wie der Nießbraucher erst durch Perzeption.[10] Ihm fallen ferner nicht bloß Früchte im eigentlichen Sinne zu, sondern auch andere Erträgnisse der Sache, z. B. Windbrüche. Aber die dem Eigentume akzedierende Hälfte des im emphyteutischen Grundstücke gefundenen Schatzes gehört nicht dem Emphyteuta, sondern dem Grundherrn.[11]

Dem Emphyteuta liegen gewisse Verpflichtungen gegenüber dem Grundherrn ob, deren grobe Verletzung Verwirkung der Emphyteuse — sog. Privation — zur Folge hat, ohne daß der Emphyteuta Ersatz seiner Meliorationen beanspruchen darf.[12]

1. Der Emphyteuta hat das Grundstück imstande zu halten und darf es nicht verschlechtern.[13] Deteriorationen ermächtigen den Grundherrn zur Privation.[14] Natürlich müssen sie schuldhaft und erheblich sein.

2. Der Emphyteuta ist ferner zur Entrichtung eines jährlichen Zinses verpflichtet.[15] Er hat diesen dem Grundherrn an den Fälligkeitsterminen unaufgefordert zu bringen.[16][17] Partielle Zerstörung oder Verminderung der Emphyteuse gibt keinen Anspruch auf Minderung des Zinses.[18]

Der Emphyteuta hat auch die öffentlichen Abgaben zu berichtigen.

Wenn der Emphyteuta 3 Jahre lang dem Grundherrn den Zins und dem Staate die öffentlichen Abgaben nicht geleistet hat, so wird ihm sein Recht entzogen.[19] Bei kirchlichen Emphyteusen ist zweijährige Nichtentrichtung des Zinses Privationsfall.[20]

3. Der Emphyteuta ist endlich verbunden, dem Grundherrn die Ver-

7) Die Streitfrage ist dieselbe wie bei der Superfizies, vgl. oben § 222 Anm. 10.
8) l. 16 D. de serv. 8, 1.
9) Vgl. l. 31 D. de pign. 20, 1. Über das einzelne siehe Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 221 und die bei Windscheid Bd. 1 § 219 Anm. Zitierten.
10) 25 § 1 D. de usuris 22, 1.
11) Es ist dies derzeit herrschende Meinung; vgl. Arndts, Schriften Bd. 1 S. 216, Windscheid Bd. 1 § 219 Anm. 3. Doch ist die Frage eine bestrittene.
12) Vgl. l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66, nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.
13) nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.
14) Die Quellen heben dies nur für kirchliche Emphyteusen hervor, nov. 120 cap. 8, cap. 3 X. de locato 3, 18. Allein es liegt hierin ein allgemeiner Rechtssatz, welcher im Mietrechte wurzelte, l. 3 C. de locato 4, 65. Über Kompensation von Verschlechterungen und Verbesserungen siehe Thibaut, Versuche Bd. 2 n. 2.
15) Der Zins wird vectigal, pensio, reditus und canon — l. 3 § 3 C. h. t. 4, 66 — genannt.
16) l. 2 § 1 C. de emphyt. jure 4, 66.
17) Vgl. oben § 222 Anm. 13.
18) l. 1 C. h. t., abgedruckt oben § 221 Anm. 13. Über l. 15 § 4 D. locati 19, 2 siehe oben § 221 Anm. 10.
19) l. 2 C. de emphyt. jure 4, 66.
20) nov. 7 cap. 3 § 2, nov. 120 cap. 8.

äußerung der Emphyteuse und die Bedingungen des Veräußerungsvertrages anzuzeigen. Dem Grundherren steht dann ein alternatives Recht zu. Er kann entweder 2 % des Verkaufspreises oder bei Veräußerungen, die nicht auf Verkauf beruhen, des Wertes der Emphyteuse fordern oder binnen 2 Monaten ein Vorkaufsrecht geltend machen, mittels dessen er in das Kaufgeschäft eintritt und sein Eigentum konsolidiert. Falls der Emphyteuta die Anzeige unterläßt oder falsche Angaben über die Bedingungen des Verkaufs macht, verliert er die Emphyteuse. [21]

Das Recht der Privation steht dem Grundherrn zu, sobald ihre Voraussetzungen eingetreten sind, von ihm hängt ab, ob er von seiner Befugnis Gebrauch machen will, oder nicht. In Rom konnte der Emphyteuta den Verlust nicht mehr dadurch abwenden, daß er nach Eintritt des Falles seine Verpflichtungen erfüllte, indem er namentlich die schuldigen Abgaben noch leistete. Nach kanonischem Recht [22] aber erhielt er sich die Emphyteuse durch nachträgliches Angebot vollständiger Leistung, solange der Grundherr ihm die Einziehung noch nicht angezeigt hatte.

Die Emphyteuse endigt durch Dereliktion seitens des Emphyteuta, [23] ferner durch erlöschende Verjährung. [24]

Fünfter Abschnitt.

Das Pfandrecht.

Erstes Kapitel.

Wesen und Geschichte des Pfandrechts.

§ 224. Begriff des Pfandrechts. [1]

1. Die Lebensbedingung des Rechtsverkehrs ist der Kredit. Man entnimmt Darlehen, borgt in verschiedenen Formen, kauft auf Kredit. Ohne

21) l. 3 C. de emphyt. jure 4, 66.

22) cap. 4 X. de locato 3, 18 verb. „si sibi satisfactione celeri non providit". Andere behaupten, daß die Mora bis zur Erhebung der Exmissionsklage noch purgiert werden könne, vgl. Arndts, Schriften S. 245 Anm. 159; Segré in den studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini 1892 S. 305 ff. über den Zeitpunkt der Privation und die anzustellende Klage.

23) Dies ist die in der Praxis herrschende Meinung, Glück Bd. 8 S. 532 Anm. 9. Sie ist auch die richtige. Es spricht hierfür die Analogie des Eigentums und des Nießbrauches. Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 1 § 222 Anm. 3.

24) Windscheid Bd. 1 § 222 Anm. 4. Natürlich geht die Emphyteusis auch unter durch Untergang der Sache, durch Ausscheiden derselben aus dem Verkehr und durch Konsolidation, wenn sie sich mit dem Eigentume vereinigt.

1) Vom Pfandrechte handelt das 20. Buch der Digesten Justinians. Der

Sicherstellung gewährt ihn der Gläubiger in der Regel nur Personen, deren Zahlungsfähigkeit ihm genau bekannt ist, und auf kurze Zeit. In weiteren Kreisen, auf längere Zeit gibt er Kredit nicht leicht auf bloße Handschrift — chirographarisch —, verlangt vielmehr Deckung durch Pfand, gewährt nur Realkredit.

2. Wir unterscheiden das Pfandrecht im weiteren und im engeren Sinne. Im weiteren Sinne ist es ein unwandelbares Recht an einem Vermögensobjekte, aus welchem man im Falle nicht rechtzeitiger Abzahlung einer Forderung Befriedigung entnehmen kann. In diesem Sinne ist es nicht an eine bestimmte Rechtsform gebunden, nimmt vielmehr verschiedene Gestaltungen an. Es kann durch Übertragung des Eigentumes, wie durch Bewilligung eines dinglichen Rechts an fremden Sachen begründet werden. Ihm dienen nicht bloß körperliche Sachen, vielmehr zieht es alle verkäuflichen Vermögensobjekte in seinen Kreis, insbesondere Forderungen und Servituten. Drei Dinge charakterisieren das Pfandrecht im weiteren Sinne, einmal sein Ziel, die Sicherung einer Forderung, zweitens sein Mittel, das Recht der Verwertung des Pfandobjektes zu diesem Behufe, und drittens die Unwandelbarkeit dieses Mittels, so daß es als wahre Sicherheit erscheint.

Im engeren und eigentlichen Sinne bezeichnen wir als Pfandrecht das zur Sicherung einer Forderung dienende Recht an einer fremden körperlichen Sache, welches den Gläubiger zu deren Verkauf behufs seiner Befriedigung ermächtigt. In dieser gewöhnlichsten Verpfändungsweise hat die Idee des Pfandrechtes den vollkommensten Ausdruck gefunden, denn auf den Gläubiger werden nur solche Rechte übertragen, welche dem Zwecke der Beitreibung seiner Forderung

---

römische Hauptschriftsteller war Marcianus ad formulam hypothecariam. — Eine ausführliche Bearbeitung gibt H. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts 2 Bde. 1860 und 1864. Ältere dogmatische Bearbeitungen sind Gesterding, Pfandrecht 1816, 2. Aufl. 1831, und Sintenis, Pfandrecht 1836. Historische Zwecke verfolgt Bachofen, das römische Pfandrecht Bd. 1, 1847. — Eine Exegese des ersten Titels des 20. Buches der Digesten hat Bethmann-Hollweg unternommen unter dem Titel: das 20. Buch der Pandekten 1877. Die Prinzipien des Pfandrechts untersuchen vorzugsweise Sohm, die Lehre vom subpignus 1864; Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte 1867; Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes 1863; Pfaff, zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 S. 41 ff.; Kohler, pfandrechtliche Forschungen 1882, Ernst Demelius, das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem Recht, 1897. — Über das deutsche Pfandrecht vgl. Meibom, das deutsche Pfandrecht 1867, Sohm, Natur und Geschichte der modernen Hypothek in Grünhuts Zeitschr. Bd. 5 S. 10 ff., Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1899, Herzen, Origines de l'hypothéque Romaine, Paris 1899, darüber Neubecker in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 20 S. 279 ff., Fritze in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 43 S. 22 ff. Wichtige historische Hinweise besonders über den Einfluß der griechischen und ägyptischen Zustände bei Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht namentlich S. 51 ff., ferner Manigk, pfandrechtliche Untersuchungen, 1904; Rabel, die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri 1909; Eger, zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit 1909; Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen 1909; Lewald, Beiträge zur Kenntnis des römisch-ägyptischen Grundbuchrechts 1909; Fehr, Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit Inaug.Diss. Upsala 1910.

dienen. Dahin gehört vor allem das Recht des Pfandverkaufes; es ist ihm vollkommen gewährleistet, da es als dingliches Recht die Sache unmittelbar und dauernd ergreift und jedes Eigentumswechsels ungeachtet fortbesteht.[2]

3. Als Sicherstellung ist dem Pfandrecht die Bürgschaft verwandt, bei welcher sich ein Nebenschuldner — der Bürge — für die Schuld eines anderen verpflichtet.[3] Die Römer gaben der Bürgschaft den Vorzug, denn sie fügt der materiellen eine moralische Gewähr hinzu, da unzuverlässige Personen nicht leicht gute Bürgen finden.[4] Im neueren Rechte gilt das Pfandrecht als das bessere Kreditmittel, da es als sicherer und durchsichtiger erscheint.[5]

4. Pfandrecht und Bürgschaft sind akzessorische Rechte, d. h. sie sind einer persönlichen Forderung wegen da, und erlöschen notwendig mit deren Untergang. Dies ist die herrschende Meinung.[6] In neuerer Zeit sind dagegen zahlreiche und gewichtige Gegner aufgetreten, welche die Verbindung des Pfandrechts mit einer persönlichen Forderung nicht für wesentlich erachten.[7]

In der Tat handelt es sich hierbei um einen tiefgehenden Gegensatz zwischen römischen und deutschen Auffassungen.

---

2) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 96. Neuere Schriftsteller verwerfen meist die Unterscheidung des Pfandrechts im engeren und im weiteren Sinne. Der Begriff des Pfandrechts soll ein einheitlicher sein. Damit sucht man, wie wir fürchten, die Quadratur des Zirkels. Sohm, subpignus, behauptet, das Pfandrecht habe zwar einheitlichen Inhalt, aber verschiedene Formen; danach ist kein sachlicher Streit zwischen uns. Exner a. a. O. — S. 189 — führt aus, daß alles Pfandrecht mit unmittelbar dinglicher, wenngleich verschieden gespannter und möglicherweise latenter Kraft körperliche Sachen ergreife; auch das Pfandrecht an Forderungen gebe dem Gläubiger dingliches Recht, nämlich an der geschuldeten Sache; die persönliche Klage des Forderungsgläubigers bezwecke nur, dies Recht zur Perfektion zu bringen, indem sie dessen Objekt aus dem Vermögen des Drittschuldners in das des Verpfänders hinüberschaffe, in dieser Funktion vergleichbar einer actio ad exhibendum. So scharfsinnig diese Deduktion erscheint, so kann sie gleichwohl nicht überzeugen; sie ist zu künstlich und verdunkelt den Unterschied zwischen den verschiedenen Verpfändungsweisen. Wieder anders Pfaff in Grünhuts Zeitschr. Bd. 1 S. 73. Vgl. noch Windscheid Bd. 1 § 227 Anm. 7 und Arndts § 364 Anm. 4.

3) Siehe über das Verhältnis von Pfandrecht und Bürgschaft Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 1 ff.

4) Die praetoriae stipulationes insbesondere — vgl. oben § 134 — verlangten Bürgen; Pfandbestellung genügte nicht, l. 7 D. de stip. praet. 46, 5.

5) Insbesondere sind die Prozeßkautionen nach der ZPO. § 108 durch Hinterlegung in barem Gelde oder in Wertpapieren zu bestellen. Auch BGB. fordert prinzipiell Realsicherheit, nur in Ermangelung derselben Sicherheit durch taugliche, d. h. hinlänglich vermögende Bürgen, vgl. §§ 232 ff. aber auch schon Pomponius libro 11 ad Sabinum — l. 25 D. de R. J. 50, 17 — äußert: plus cautionis in re est quam in persona.

6) Vgl. l. 43 D. de solut. 46, 3. Ulpianus libro 2 regularum: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora.

7) Brinz, Pand. Bd. 2 Aufl. 2 S. 839 ff. nimmt an, daß zwar nach römischem Rechte kein Pfandrecht ohne persönliche Obligation entstehe, daß aber der Fortbestand dieses letzteren nicht mehr von dem der persönlichen Obligation, sondern einzig von Leistung und Nichtleistung, Befriedigung und Nichtbefriedigung als seiner Bedingung abhängig sei. Ähnlich Windscheid Bd. 1 § 225 Ziffer 2 und viele andere. Der scharfe Gegensatz zu der — oben Anm. 6 angeführten — regula des Ulpian bleibt hierbei ungelöst. Vgl. auch Demelius a. a. O. S. 104.

Im deutschen Recht bildete sich nicht bloß Personalkredit aus, sondern auch wahrer Realkredit. Realkredit aber heißt: man traut dem Grundstück, man leiht Kapital, um eventuell aus ihm seine Befriedigung zu holen. Eine persönliche Verpflichtung des Grundbesitzers ist daneben wohl möglich, ja häufig, aber sie ist etwas Akzessorisches und nichts Wesentliches.[8] Bei den Römern dagegen bestand im Grunde nur Personalkredit, welcher durch die Hypothek verstärkt wurde. Daraus ergibt sich von selbst, daß die römische Hypothek nichts als Zubehör einer persönlichen Forderung gegen den Schuldner ist, und daß sie mit ihr steht und fällt.[9]

5. Das römische Pfandrecht hat zwei Unterarten:

a) pignus (Faustpfand), das mittels Aushändigung der Pfandsache an den Gläubiger begründete Pfandrecht[10] und

b) hypotheca, das Pfandrecht ohne sofortige Aushändigung des Objekts an den Gläubiger.

Dem Wesen nach bestand zwischen beiden Arten in Rom kein Unterschied, denn beide gewährten das Verkaufsrecht, beide die dingliche Pfandklage.[11] Doch tatsächlich gab das Faustpfand höhere Sicherheit, insofern der Besitz gegen Verbringung und Verderb der Pfandsache sicherte.

Das römische Recht ließ die Hypothek an Mobilien wie an Immobilien zu,[12] während das moderne Recht zur Wirksamkeit der Verpfändung von Mobilien ihre Übergabe an den Gläubiger fordert.[13]

---

8) Dernburg, Preuß. Hyp.Recht Abt. 2 S. 2ff. in der Sammlung der deutschen Hypothekenrechte von Meibom VIII. Über das Recht des BGB. vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 S. 578ff. Die Sachhaftung schreiben manche auch dem altgriechischen und ägyptischen Pfandrecht zu; vgl. darüber Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht S. 43ff.

9) Pfandbestellung ist keine Schenkung an den Gläubiger, weil sie dessen Ansprüche sichert, nicht sein Vermögen vergrößert, l. 1 § 19 D. si quid in fraudem patroni 38, 5, ebensowenig bildet der Erlaß eines Pfandrechts eine wahre Schenkung, da der Gläubiger sein Forderungsrecht behält und nur eine Sicherung aufgibt, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 20.

10) l. 9 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 28 ad edictum: Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.

11) In l. 5 § 1 D. de pign. 20, 1 geht Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam so weit, auszusprechen: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt; vgl. § 7 J. de act. 4, 6: inter pignus autem et hypothecam quandum ad actionem hypothecariam nihil interest. Eine Konsequenz der begrifflichen Gleichheit von pignus und hypotheca zieht Ulpian libro 40 ad Sabinum in l. 1 § 1 D. de pign. act. 13, 7: Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

12) Vgl. übrigens Gajus libro 6 ad legem XII tabularum l. 238 § 2 D. de V. S. 50, 16 pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu tradunturn. unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Diese naive Etymologie des Wortes pignus gab Veranlassung zur Bildung des deutschen Wortes „Faustpfand". Über die sprachliche Abstammung des Wortes pignus vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 49.

13) Siehe unten § 227.

§ 225. Dinglicher Charakter des Pfandrechts.

1. Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht.[1] Wohl ist es anderer Art als die bisher betrachteten dinglichen Rechte an fremden Sachen, denn nicht auf den physischen Gebrauch und die Gewinnung des Ertrages ist es gerichtet, sondern es berechtigt zur Veräußerung der Substanz. Zu diesem Zwecke bindet es die Sache unmittelbar und dauernd, und unterwirft sie so der Verfügung des Gläubigers. Darin liegt das Wesen des dinglichen Rechts.

Die Folgen des dinglichen Charakters sind:

a) Die Pfandsache bleibt dem Pfandgläubiger, jedes Eigentumswechsels ungeachtet, verhaftet: es macht hierbei keinen Unterschied, ob der spätere Eigentümer sein Recht vom Verpfänder herleitet, oder ob er das Eigentumsrecht originär, etwa durch Ersitzung erwarb.

b) Das einmal begründete Pfandrecht geht späteren Pfandrechten vor. Es hat auch die Priorität vor dinglichen Rechten anderer Art, die nach ihm entstehen, z. B. einem Nießbrauch, einer Grundgerechtigkeit.

2. Von vielen wird der dingliche Charakter des Pfandrechts angefochten. Sie fassen es als ein **Forderungsrecht** auf und zwar betrachten es einige als ein Forderungsrecht gegenüber der Sache selbst,[2] andere als eine Forderung gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Objekts.[3] Beides ist unhaltbar.[4] Die Sache kann nicht als Schuldner gelten, denn ein Schuldner soll leisten, handeln! wie sollte dies der Sache möglich sein? Es wäre eher denkbar, den **jeweiligen Eigentümer der Sache** als Schuldner anzusehen. Doch diese Konstruktion entspricht aus folgenden Gründen nicht dem Tatbestande des Pfandrechts.

a) Forderungsgläubiger haben gleiche Rechte, das Alter gibt dem einen vor dem anderen keinen Vorzug; dagegen ordnen sich dingliche Rechte untereinander nach der Zeit ihrer Entstehung.[5] Dem Pfandrechte aber ist es eigentümlich, daß den Vorrang das Alter gibt. Es gehört also nicht zu den obligatorischen, sondern zu den dinglichen Rechten. Man kann nicht einwenden, daß auch gewisse Forderungen ein Vorrecht — privilegium exigendi — vor anderen haben, denn dies ist Ausnahme, das Vorrecht des älteren Pfandrechtes dagegen Regel. Zudem aber beruht das Privileg

---

1) l. 30 D. de noxalibus actionibus 9, 4. Gajus libro ad edictum praetoris urbani, titulo de damno infecto: ... sive domini sint sive **aliquid in ea re jus habeant**, qualis est **creditor** et fructuarius. Die Äußerung wiederholt l. 19 pr. D. de damno infecto 39, 2.

2) Diese Ansicht verteidigte Büchel, zivilrechtliche Erörterungen I 2. 1833, in 2. Aufl. 1847 Bd. 1 S. 259 ff. Sodann auch Sintenis, Pfandrecht § 2; Vangerow Bd. 1 § 363 Anm. 2.

3) Meibom, Mecklenburg. Hypothekenrecht § 5; ferner Sohm in Grünhuts Zeitschr. Bd. 5 S. 27; Ehrenberg, beschränkte Haftung S. 434 und andere.

4) Über die dingliche Natur des Pfandrechts vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 104 ff.; Exner, Kritik S. 47; Kohler, pfandrechtliche Forschungen § 5. Für dieselbe sind u. a. Puchta, Pand. § 193; Keller, Pand. § 190; Windscheid Bd. 1 § 224 Anm. 8.

5) Vgl. oben § 35.

von Forderungen nie auf ihrem Alter, sondern stets auf gewissen anderen Eigenschaften.

b) Wäre das Pfandrecht ein Forderungsrecht, so könnte es den später begründeten dinglichen Rechten an der Pfandsache, z. B. einem Nießbrauche, nicht die Spitze bieten; es hat aber diese dingliche Kraft.

c) Endlich weist die Gestaltung der römischen Pfandklage unzweideutig auf die Dinglichkeit des Pfandrechts hin. Die Pfandklage ging nämlich in Rom nicht auf Zahlung der Schuld, wie dies der Fall sein müßte, wenn sie aus einer Forderung entspränge. Ihr petitum war Herausgabe der Sache, nicht anders als bei einer Eigentumsklage. Man darf nicht einwenden, daß der Beklagte die Klage durch Angebot der Schuldsumme beseitigen konnte, denn hierin liegt ein Recht der Verteidigung, nicht der Gegenstand der Klage.

Zugunsten der Gegner scheint zu sprechen, daß die Quellen regelmäßig von „rem obligare“ und von „rei obligatio“ reden, wenn sie von Verpfänden und Pfandrecht handeln. Damit wäre scheinbar der Charakter als Forderungsrecht bezeugt. Aber dies entscheidet nicht; denn das römische „obligare“ bedeutet nicht anderes als „rechtlich festbinden“. Demnach begreift es nicht bloß die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners, sondern nicht minder die dingliche Unterwerfung der Sache unter das Recht des Pfandgläubigers.[6]

§ 226. Fiduzia und Hypothek.

1. Das ältere römische Recht kannte die Hypothek noch nicht, die echtrömische Verpfändungsweise war die fiducia,[1] welche ein Doppelgeschäft bildete. Man übertrug nämlich das Pfandobjekt auf die Gläubiger in den Formen der mancipatio oder in jure cessio und verband hiermit einen Nebenvertrag — pactum fiduciae —, wonach der Pfandgegenstand in treuen Händen des Gläubigers sein sollte.[2]

---

6) Brinz, Bd. 2 §§ 206, 346 definiert Obligation so allgemein, daß Sachen- und Personenhaftung inbegriffen sind. Vgl. gegen ihn Rümelin im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 n. 8. Über obligare im Sinne einer dinglichen Haftung Manigk a. a. O. S. 54 ff.; vgl. Fehr a. a. O. S. 120 ff.

1) Über die fiducia siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 2; Oertmann, die fiducia 1890 und dort Angef., vgl. darüber Heyrovsky in Grünhuts Zeitschr. Bd. 18 S. 354 ff., Bruckner, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 36 S. 1; siehe ferner Jacquelin, de la fiducie 1891; Heck, die fiducia cum amico contracta in der Zeitschr. der Sav.-Stiftg., rom. Abt. Bd. 10 S. 82; Goeppert, zur fiducia cum amico contracta in derselben Zeitschr. Bd. 13 n. 9.

2) Das Formular der fiducia lautete in der ersten Kaiserzeit nach der in Spanien aufgefundenen Erzinschrift, Bruns fontes ed. VI S. 294: Dama L. Titi servus fundum Bajanum, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi uti optimus maximusque esset, sestertio nummo uno et hominem Midam sestertio nummo uno fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Bajanio libripende . . . antestato . . . adfines fundo dixit L. Bajanius L. Titium et C. Sejum et populum et si quos dicere oportet. Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi servum et L. Bajanium quam pecuniam L. Bajanio didit dederit credidit crediderit expensumve tulit tulerit sive quid pro eo promisit promiserit, spondit spoponderit fideve quid sua jussit jusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiduciae essent donec

Als Eigentümer hatte der Gläubiger die volle Legitimation zu beliebiger Verfügung über das fiduzierte Objekt. Er konnte es nach seinem Ermessen für sich verwerten, aber infolge des pactum fiduciae sollte er sein Recht nur zu Pfandzwecken ausüben.

Zwei Klauseln wurden gewöhnlich mit der fiducia verbunden; einmal ein pactum de vendendo, wonach sich der Gläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Tilgung der versicherten Forderung durch Verkauf der fiduzierten Sache aus deren Erlös befriedigen durfte, und außerdem eine lex commissoria, welche es ihm gestattete, die Sache in jenem Falle statt der Forderung endgültig für sich zu behalten.[3]

Gegen Treubruch des Pfandgläubigers schützte die actio fiduciae. Mittels derselben konnte der Verpfänder Rückübereignung der fiduzierten Sache gegen Angebot der Schuldsumme fordern, sofern sie noch nicht kontraktgemäß verkauft oder dem Gläubiger verfallen war. An die Verurteilung des Gläubigers infolge der actio fiduciae knüpfte sich Infamie; sie bildete die Strafe seiner Untreue.[4] Auf dieses persönliche Forderungsrecht beschränkte sich aber der Anspruch des Verpfänders. Sein Eigentumsrecht an der Sache hatte er aufgegeben und damit jede dingliche Klage wegen derselben. Gegenüber Dritten, welchen der Gläubiger den fiduzierten Gegenstand treulos zuwandte oder die sonst, z. B. durch Entwendung, in seinen Besitz gelangt waren, hatte er also kein Rückforderungsrecht.

Der Gläubiger war als Eigentümer der fiduzierten Sache zu deren Besitz berechtigt. Doch überließ er sie häufig dem Verpfänder — precario — auf Widerruf. Tatsächlich war dem Verpfänder damit zunächst geholfen, aber sein Besitz war ein unselbständiger, und hing völlig von der Willkür des Gläubigers ab.[5]

Der Gläubiger hatte eine persönliche Forderung gegen seinen Schuldner und daneben Sicherung durch die Fiduzia.[6] Hierdurch unterscheidet sich die Fiduzia wesentlich von dem Verkaufe auf Wiederkauf zu Pfandzwecken, welcher heutzutage oft vorkommt. Bei diesem Geschäfte verkauft der Schuldner seinem Gläubiger Objekte bis zum Betrage seiner Schuld, kompensiert diese Schuld mit dem Kaufpreise und bedingt

---

ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset. si pecunia sua quaque die L. Titio heredive ejus data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L. Titius heresve ejus vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet: mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret . . . Vgl. Degenkolb, Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 9 S. 117. Eine neuerdings aufgefundene Urkunde über eine fiducia hat Eck, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 9 S. 60 erläutert; dagegen Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 573 Anm. 3. Vgl. aber Bruns fontes ed. VI S. 292 (Mommsen), Gradenwitz in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 14 S. 126.

3) Vgl. Pauli sent. II. 13.

4) Siehe oben S. 93.

5) Auf die sich anschließende usureceptio fiduciae kann hier nicht eingegangen werden; vgl. Gaj. Inst. II §§ 59 und 60, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 23.

6) Siehe das Schema in Anm. 2, Pauli sent. II 13 § 2.

sich das Recht des Rückerwerbes der verkauften Sachen gegen eine Summe aus, die dem Verkaufspreise unter Zuschlag von Zinsen entspricht. Nicht selten behält ein solcher Verkäufer hierbei die Detention leihweise zurück und überträgt den juristischen Besitz auf den Käufer nur durch constitutum possessorium. Eine Forderung des Geldgebers auf Schuldzahlung besteht bei diesem Geschäfte aber nicht, die Rückzahlung ist Vergünstigung, um die verkauften Objekte zurückzuerlangen; sie ist keine Pflicht.[7]

2. Neben der Fiduzia entwickelte sich die Hypothek in Rom nur allmählich.[8] Keime der Hypothek finden sich zwar frühzeitig im nationalen römischen Verkehr. Aber ihre Ausbildung verdankten sie dem Einflusse des hellenischen Rechts.[9]

Seit alters händigte der Schuldner dem Gläubiger eine Sache zum Faustpfande — pignus — ein, welche bis zur Tilgung der Forderung dem Gläubiger verblieb. Die Sicherung der Schuld war hier eine bloß tatsächliche, der Besitz gab Gewähr. Einen Fortschritt vermittelte der Pachtvertrag. Die Pächter verpfändeten häufig den Verpächtern ihr in das Pachtgut eingebrachtes — inferiertes — Mobiliar und gaben ihnen das Recht, dasselbe im Falle der Nichtzahlung des Pachtzinses zurückzuhalten.[10] Auch dieses Pfandrecht hatte ursprünglich seinen Schutz in der tatsächlichen Stellung und Macht des Verpächters; wenn aber der Pächter mit seinen Sachen, ohne den Pachtzins zu zahlen, abzog, ehe sein Vorhaben zur Kunde des Verpächters gelangte, so reichte jene Sicherheit nicht aus. Um deswillen gab der Prätor dem Verpächter zunächst das interdictum Salvianum wegen der ihm verpfändeten Illaten des Pächters und dann auch eine dingliche Klage, die actio Serviana.[11]

In Anlehnung hieran gewährte er später auch aus anderen Pfand-

---

7) Vgl. über solche Sicherheitskäufe in den demotischen Kaufpfandverträgen Rabel a. a. O. S. 79 ff.

8) Über die Verpfändung an den Staat — die Prädiatur — siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 3, Mommsen, die Stadtrechte von Salpensa und Malaca 1855 S. 466 ff., Zimmermann, de notione et historia cautionis praedibus praediisque 1857, River, cautio praedibus praediisque 1863, Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 47.

9) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 4 ff., Kuntze, zur Geschichte des römischen Pfandrechts 1893.

10) Gaj. Inst. IV § 147. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Die Stelle ist übernommen in § 3 J. de interdictis 4, 15; vgl. auch Herzen a. a. O. S. 36 ff.; Manigk a. a. O. S. 61 ff.; Fehr a. a. O. S. 129 ff.

11) § 7 J. de actionibus 4, 6. Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Die actio Serviana wurde hinter das Salvianum eingeschaltet, woraus sich erklärt, daß die römischen Juristen das Pfandrecht in den Ediktkommentarien bei Gelegenheit der Interdikte behandelten. Über das interdictum Salvianum und die actio Serviana vgl. Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 149 S. 1278, ferner Ascoli, le origini dell' ipoteca e l' interditto Salviano, Livorno 1887; Duchêne, des origines de l'hypothèque, Paris 1893. Manigk a. a. O. S. 52 ff., Rabel a. a. O. S. 89 ff.

verträgen dingliche Klagen.[12] Sie führten den Namen actio quasi Serviana, aber auch actio hypothecaria, pigneraticia in rem. Von dem Einflusse des griechischen Rechts gibt die Aufnahme der Worte hypotheca, hyperocha, antichresis in das römische Pfandrecht Zeugnis. Seit langer Zeit waren in griechischen Rechten formlose Pfandverträge anerkannt; es liegt zutage, daß dies Vorbild die Ausbildung des römischen Pfandrechts mitbestimmt hat.[13]

Die Hypothek verdrängte die fiducia Schritt für Schritt. Namentlich geschah dies außerhalb Italiens. Im justinianischen Rechtsbuche ist die fiducia, mit welcher sich die klassischen römischen Juristen noch häufig beschäftigten, ausgemerzt.[14]

§ 227. Die Formalisierung des Pfandrechts in Deutschland.

1. Die formlose Hypothek war den Römern ein bequemes Verkehrsmittel, sie hatte aber Zerrüttung der Kreditverhältnisse zur Folge. Überdies brach sich die *Generalhypothek* Bahn, d. h. die *Verpfändung aller Vermögensobjekte des Schuldners, auch der künftig von ihm zu erwerbenden mittels einer Generalklausel*;[1] mit ihrer Hilfe konnten sich einzelne Gläubiger ein Vorrecht zum Nachteil der übrigen beliebig schaffen. Man suchte ein Gegengewicht in zahlreichen *gesetzlichen* Spezial- und Generalhypotheken, die besonders zu begünstigenden Forderungen zugute kamen. Im Grunde wurde damit das Übel nur noch fühlbarer.

Der Personalkredit verlor die gesunde Basis. Auch der dingliche Rechtszustand geriet in Unsicherheit. Niemand konnte beim Erwerbe von Sachen oder von dinglichen Rechten an denselben, insbesondere von Hypotheken, mit Sicherheit wissen, ob sie nicht durch vorgehende Hypotheken entwertet waren. Den Betrügereien, die sich hieraus entwickelten, steuerte

---

12) Lenel, edictum Aufl. 2 S. 474 rekonstruiert die Formel der actio quasi Serviana folgendergestalt: Si paret inter A^m A^m et Lucium Titium convenisse, ut ea res q. d. a. A^o A^o pignori (hypothecaeve) esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quominus solvatur nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex N^m N^m A^o A^o condemna, s. n. p. a.

13) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 67 ff. Einen Gegensatz zum römischen Rechte in Beziehung auf einen einzelnen Punkt weist nach Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechts S. 113 ff. Vgl. Hitzig, das griechische Pfandrecht 1895, und hierüber Kübler in der Zeitschr. der Sav Stiftg., rom. Abt. Bd. 16 S. 344. Gegen Überschätzung des griechischen Einflusses sehr entschieden Manigk a. a. O. S. 128 ff. Vgl. dagegen Rabel a. a. O. S. 89 ff.; Eger a. a. O. S. 18 ff.; Fehr a. a. O. S. 3 ff.; Lewald a. a. O. S. 10 ff.; Weiß a. a. O. namentlich S. 120 ff.

14) Lenel in der Zeitschrift der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 3 S. 104 ff.

1) Vgl. über die Generalhypothek Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 55 ff. Gajus in der l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1 nennt die Generalverpfändung eine Klausel „quae cottidie inseri solet cautionibus". Siehe über sie l. 6, 7, 8 D. de pign. 20, 1, l. 9 C. quae res pignori 8, 16.

die Drohung der öffentlichen Strafe wegen Betrugs — Stellionat — nur zum Teile.[2]

2. Eine besonders gefährliche Form des Betrugs war, daß man Hypothekenurkunden mit einem gefälschten Datum versah und ihnen hierdurch einen Altersvorzug vor bereits bestehenden Hypotheken andichtete. Hiergegen traf Kaiser Leo Maßnahmen. Pfandrechte aus Urkunden, die vor der Obrigkeit — publice — oder vor 3 Zeugen — quasi publice — errichtet waren, sollten den privaten vorgehen, auch wenn die letzteren ein älteres Datum an sich trügen.[3] Es war dies ein nützliches Palliativ gegen grobe Ausschreitungen, aber es faßte das Übel nicht an der Wurzel.[4] Die Praxis der Provinzialrechte des griechisch-ägyptischen Kulturkreises hat dann, wie es scheint, eine hochentwickelte Grundbuchordnung geschaffen, die namentlich im Orient den erwähnten Mängeln des streng römischen Rechts mit Erfolg steuerte.[5]

3. In Deutschland rezipierte man mit dem römischen Rechte auch die römische Hypothek. Nur lokal erhielt sich zunächst älteres Recht, wonach die Bestellung von Pfandrechten an Immobilien vor dem Richter der belegenen Sachen geschah und in dessen Bücher eingetragen wurde.

Allmählich aber gelangte man zu Umgestaltungen des gemeinen Rechts. Sie fielen zunächst der partikularen Gesetzgebung[6] zu; ihr folgte dann das Reichsrecht, welches die Entwicklung zum Abschluß gebracht hat.

a) Die Reform des Pfandrechts an Immobilien — vor allem in Preußen gefördert — schloß sich zunächst an die Verordnung des Kaisers Leo. Man behandelte als öffentliche Pfandrechte an Immobilien nur die beim Richter der belegenen Sache angemeldeten und eingetragenen. Ferner wurde das Vorrecht der „pignora quasi publica" beseitigt und schließlich ihnen und den bloßen Privathypotheken an Immobilien

2) l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20.

3) l. 11 C. qui potiores in pignore 8, 17. Imp. Leo: Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. § 1 Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. a. 472.

4) Über die Streitfragen, die sich daran knüpften, daß man dieser Verordnung eine Tragweite geben wollte, die ihr an sich nicht innewohnte, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 151, Arndts § 386, Windscheid Bd. 1 § 245.

5) Über den öffentlichen Charakter des ägyptischen Pfandrechts vgl. namentlich Mitteis im Archiv für Papyrusforschung Bd. 1 S. 184 ff.; Hitzig in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 26 S. 439 ff.; Eger, zum ägyptischen Grundbuchwesen S. 18 ff.; ferner Rabel, die Verfügungsbeschränkungen S. 58 ff.; Lewald, Beiträge zur Kenntnis des röm. ägypt. Grundbuchrechts S. 10 ff. Daselbst genaue Ausführungen über die vermutliche Ordnung der Eintragungen.

6) Die Entwicklung der preußischen Gesetzgebung, die den größten Einfluß gewann, geben Dernburg und Hinrichs, preußisches Hypothekenrecht Abt. 1 S. 6 ff.

die dingliche Kraft entzogen. Am meisten Widerstand fand, weil auch ethische und humane Rücksichten im Spiel zu sein schienen, die Eintragung auch der gesetzlichen Hypotheken, was sie zu bloßen Titeln auf Begründung eines Pfandrechts herabdrückte. Doch auch dies wurde durchgesetzt.

Nach dem Rechte des BGB. vollzieht sich die Verpfändung von Grundstücken nur durch Eintragung in die Grundbücher. Diese Eintragungen haben öffentlichen Glauben, d. h. zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstücke oder an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist.[7]

b) Die Verpfändung von Mobilien wurde durch zahlreiche Partikularrechte an die reale Übertragung des Besitzes geknüpft. Das constitutum possessorium, d. h. die Erklärung des Verpfänders, für den Pfandgläubiger besitzen zu wollen, genügte nicht.[8 9 10]

Die Reichsgesetzgebung hat sich dem durchaus angeschlossen.[11]

Zweites Kapitel.

Voraussetzungen des Pfandrechts.

I. Die Entstehungsgründe.

§ 228. Von den Entstehungsgründen des Pfandrechts im allgemeinen.

1. Das Pfandrecht entsteht durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung,[1] ferner durch richterliche Bestellung und endlich unmittelbar auf Grund des Gesetzes.[2]

Es wird also entweder mit dem Willen des Eigentümers durch Rechtsgeschäft oder ohne und gegen den Willen des Eigentümers durch das Gericht

---

7) Näheres über das Prinzip des öffentlichen Glaubens der Grundbücher bei Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 S. 133 ff.

8) Über die Verwendung des Konstituts zu Sicherheitszwecken in früherer Zeit vgl. Biermann, traditio ficta S. 239, 309.

9) Siehe übrigens Leonhard, über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 25 S. 177 ff.

10) Oft schließen die Parteien zur Sicherung von Geldforderungen einen Verkauf von Objekten des Geldempfängers unter Vorbehalt des Wiederkaufes in der oben § 226 geschilderten Weise. Hierbei bleibt der Verkäufer nicht selten im Naturalbesitz, indem er die verkauften Objekte bloß durch constitutum possessorium tradiert. Es fragt sich, ob solche Geschäfte als wirksame Verpfändung von Mobilien mittels constitutum possessorium anzuerkennen sind? RG. Bd. 13 S. 200 hat das verneint, wenigstens bezüglich des mecklenburgisch-schwerinischen Gesetzes vom 26. Mai 1878 § 3. Vgl. aber auch die oben § 31 Anm. 12 angeführten Schriftsteller, sowie Seuffert, Archiv Bd. 46 n. 2 (OLG. Kiel) und Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 19 S. 45 (OLG. Jena).

11) Vgl. BGB. §§ 1205, 1206; Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 264 S. 741.

1) l. 26 D. de pign. act. 13, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 33 und 34. Nach BGB. gilt dies nicht.

2) Ersitzung eines Pfandrechts findet nicht statt. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 178.

und von Gesetzes wegen begründet. Die Römer nannten dieses gesetzliche Pfandrecht ein stillschweigendes, stützten es also auf den präsumtiven Willen des Eigentümers.[3] Diese Vorstellung entspricht indessen nicht den realen Verhältnissen; auf das Vorhandensein des Willens kommt es beim gesetzlichen Pfandrechte nicht an.

2. Die Verpfändung ist nach römischem Recht entweder eine generelle, d. h. das ganze jetzige und künftige Vermögen umfassende, oder eine spezielle, wenn sie sich nur auf einzelne Vermögensbestandteile bezieht. Schon im gemeinen Recht sind wenigstens die generellen Pfandrechte überwiegend zu bloßen Pfandrechtstiteln geworden.

a) Die freiwillige Bestellung.

§ 229. Der Pfandvertrag.[1]

1. Der formlose Vertrag genügt zur Verpfändung.[2] Ausdrückliche Willenserklärung ist nicht erforderlich; oft werden indirekte, verhüllende Redewendungen gewählt, z. B. „deponieren", „Deckung geben", „Kaution stellen".[3] Auch Stillschweigen kann ausreichen; es ist z. B. der Eigentümer, welcher sein Recht kennt, bei der Verpfändung seiner Sache zugegen und schweigt.[4] Reservation eines Pfandrechts seitens des Veräußerers ist nichts Seltenes; hierin liegt aber nicht die Erhaltung bestehenden Rechts, sondern die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses.[5] [6]

Schriftlichkeit der Pfandbestellung ist nichts Notwendiges, bildet aber tatsächlich die Regel.[7] Denn wer sich durch Pfandbestellung sichern will, wird sich meist auch eine Urkunde verschaffen, ohne welche sein Recht kaum zu beweisen und daher fast wertlos wäre.

2. Wer kann ein Pfand bestellen? wer erwerben?

a) Nur der Gläubiger einer persönlichen Forderung ist befugt, für diese ein Pfandrecht zu erwerben.[8] Das Recht steht dem ursprünglichen

---

3) Die Römer sprechen von tacitae conventiones, hypotheca tacita. Vgl. l. 3, 4, 6 D. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur, 20, 2, l. un. § 1 b C. de rei uxoriae actione 5, 13, l. 1 § 2 C. communia de legatis 6, 43. Vgl. oben § 68, siehe auch Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 292.

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 22.

2) „nuda conventione" l. 1 D. de pign. act. 13, 7.

3) Vgl. l. 3 § 2 D. qui potiores 20, 4, l. 3 C. plus valere quod agitur 4, 22, l. 2 C. quae res pignori 8, 16.

4) l. 26 § 1 D. de pign. 20, 1, l. 2 C. si aliena res 8, 15, l. 5 § 2 D. in q. c. p. t. c. 20, 2; vgl. oben § 86 Ziff. 2, Huschke in Lindes Zeitschr. Bd. 20 S. 217.

5) l. 1 § 4, l, 2 D. de rebus eorum 27, 9, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 32; Windscheid Bd. 1 § 230 Anm. 11; Freisen, Vorbehalt 1881 S. 43 ff.; Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 261 Anm. 1. Anderer Ansicht Lang im Archiv für ziv. Praxis Bd. 28 S. 383, Arndts, § 371 Anm. 2, Pernice, Labeo, Bd. 3 S. 105.

6) Über das bedingte und betagte Pfandrecht vgl. Huschke in Lindes Zeitschr. Bd. 20 n. 5, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 181, Bd. 2 S. 296, Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 48 ff.

7) l. 4 D. de pign. 20, 1.

8) Eine Anwendung macht l. 33 D. de pign. 20, 1.

Gläubiger wie dem Zessionar zu. Statt des Gläubigers können Bevollmächtigte handeln.[9] Erwerb durch einen negotiorum gestor fordert Genehmigung des Gläubigers; nach allgemeinen Grundsätzen hat die Genehmigung rückwirkende Kraft, vorbehaltlich inzwischen erworbener Rechte Dritter.[10]

b) Nur Eigentümer können ihre Sachen mit vollem Erfolg verpfänden.[11] [12] Emphyteuten, Superfiziare,[13] publizianisch Berechtigte[14] dagegen nur mit beschränkter Wirkung, d. h. unbeschadet der Rechte derer, denen sie selbst nachstehen.

Verpfänden kann man seine Sache für die eigene Schuld, aber auch für diejenige eines Dritten.[15] Pfandbestellung für die Schuld eines Dritten bildet eine Art der Interzession.[16]

§ 230. Der Pfandvertrag über fremde Sachen.[1]

Die Entstehung des Pfandrechts setzt der Regel nach Eigentum des Verpfänders zur Zeit der Pfandbestellung voraus. Demgemäß forderte die römische Pfandklage das „in bonis esse tempore conventionis".[2] Diese Regel ist aber nicht ohne Ausnahmen. In zahlreichen Fällen erkannte man die Verpfändung fremder Sachen als rechtsbeständig an, trotzdem der Verpfänder erst nach Abschluß der Pfandkonvention Eigentümer der Pfandsache wurde. Diese Fälle ordnen sich zwei Kategorien unter:

1. Pfandverträge, die in Erwartung künftigen Erwerbes durch den Verpfänder abgeschlossen werden — antizipierende Pfandkonventionen[3] —, erhalten Wirksamkeit, sobald sich diese Erwartung hinterher erfüllt.[4]

9) Anders nach justinianischem Rechte, l. 11 § 6 D. de pign. act. 13, 7, vgl. freilich l. 21 pr. D. de pign. 20, 1. Über den Widerstreit siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 204.

10) Wer unfähig ist, Eigentum an einer Sache zu erwerben, ist um deswillen nicht auch unfähig, ein Pfandrecht an derselben zu erlangen, l. 24 D. de pign. 20, 1. Huschke in Lindes Zeitschr. Bd. 20 S. 194.

11) Siehe unten § 230 Anm. 2, aber auch BGB. § 1207 bezüglich des Pfandrechts an beweglichen Sachen.

12) Gesetzliche Veräußerungsverbote stehen auch der Bewilligung von Pfandrechten entgegen. Eine Beschlagnahme der Sache ferner, z. B. infolge der Konkurseröffnung, hindert die Rechtswirksamkeit des Pfandrechts gegenüber denjenigen, zu deren Gunsten die Beschlagnahme stattfindet.

13) Vgl. oben § 222 Anm. 11.

14) l. 18 D. de pign. 20, 1. Paulus libro 19 ad edictum: Si ab eo, qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam, l. 21 § 1 D. eod., vgl. l. 14 D. qui potiores 20, 4.

15) l. 5 § 2 D. de pign. 20, 1.

16) l. 1 § 4 D. de pign. 20, 1, siehe oben § 43 und unten im Obligationenrecht.

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 28 ff. und dort Zitierte, insbesondere Huschke in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 6, ferner Exner, Kritik S. 105.

2) Vgl. die oben § 226 Anm. 11 wiedergegebene Formel, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1, l. 6 C. si aliena res 8, 15.

3) Der Pfandvertrag kann auch andere Umstände antizipieren, namentlich die

Dies gilt für die Verpfändung bestimmter fremder Sachen, wie für Pfandkonventionen über Gesamtheiten, die einer regelmäßigen Ergänzung und Erneuerung unterliegen. Ein Hauptbeispiel der ersten Art ist Verpfändung einer dem Verpfänder geschuldeten Sache;[5] denn der Sinn dieses Geschäftes ist Bewilligung eines Pfandrechts am Schuldobjekte für den Fall seiner Leistung an den Verpfänder. Hauptbeispiel der zweiten Art ist die Generalhypothek, da sie alle Objekte, die der Verpfänder hat und erwerben wird, umfaßt.[6] [7]

Entstehung der Forderung, welche versichert werden soll. Wir bezeichnen jedoch die dem Erwerbe des Pfandobjektes vorgehende Konvention in vorzüglichem Sinne als antizipierende.

4) l. 16 § 7 D. de pign. 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit.

5) l. 3 § 1 D. qui pot. 20, 4, l. 1 pr. D. de pign. 20, 1, abgedruckt unten Anm. 6.

6) l. 1 pr. D. de pign. 20, 1. Papinianus libro 11 responsorum: Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio. Vgl. Exner, Kritik S. 112, Bethmann-Hollweg a. a. O.

7) Vgl. ferner l. 13 pr. D. de pign. 20, 1, l. 34 D. eod., abgedruckt unten § 235 Anm. 7. Die Rangordnung mehrerer zu verschiedenen Zeiten bezüglich künftigen Erwerbes bewilligter Hypotheken ist streitig. Einige Schriftsteller ordnen sie nach dem Datum des Verpfändungsgeschäftes, andere schreiben ihnen gleichen Rang zu. Nach einem einzelnen, aber wichtigen Falle pflegt man die Streitfragen auch so zu formulieren, ob mehrere zu verschiedenen Zeiten bestellte Generalhypotheken bezüglich des späteren Erwerbes des Verpfänders nach dem Datum der Bestellung zu ordnen sind, oder hinsichtlich dieses Erwerbes gleiche Rechte haben? Die erstere Ansicht ist die richtige. Denn wenn auch, was die Gegner betonen, die mehreren Pfandrechte die Sache in einem Momente, nämlich dem des Erwerbes durch den Verpfänder ergreifen, so geschieht dies doch in dem Sinne und in der Ordnung, in welcher sie ursprünglich bewilligt sind, so daß das zuerst begründete als vorgehendes, das später bestellte als nachfolgendes anzusehen ist. Für die hier verteidigte Ansicht sind die Quellen. l. 7 C. qui potiores 8, 17. Impp. Diocletianus et Maximianus. Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur. Wie aus dem Schlußsatze hervorgeht, hatte der Schuldner in bezug auf seine künftig zu erwerbende Sache sukzessive verschiedenen Gläubigern Hypotheken bewilligt. Indem nun das Reskript feststellt, daß zwar in der Regel die früher begründete Hypothek an und für sich vorgehe, dennoch aber die spätere den Vorzug habe, wenn durch das spätere Pfandgeschäft die Pfandsache für den Schuldner erworben wurde, gibt es deutlich dem Satze die Sanktion, daß auch unter den mehreren den Erwerb antizipierenden Pfandrechten die Zeitfolge der Bestellung entscheide. Dies Zeugnis hält auch Windscheid Bd. 1 § 242 Anm. 10 „für ein nicht leicht zu beseitigendes". Aber auch l. 3 § 1, l 21 pr. D. qui potiores 20, 4 sind beweiskräftig. Dagegen führt man an l. 7 § 1 D. eod. tit. 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis empta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat. Diese Stelle beweist indessen für die Gegner nur, wenn man unterstellt, daß die in ihr erwähnten Pfandrechte sukzessive begründet wurden. Allein dies geht aus derselben nicht hervor, vielmehr ist gleichzeitige Verpfändung an die beiden Hypothekarien anzunehmen, wofür das concurrere „et" in pignore einen Anhalt gibt. — Hauptvertreter der Gegenansicht ist Vangerow Bd. 1 § 369 Anm. 1, für die hier vertretene vgl. Dernburg, Pfandr.

2. Die Verpfändung fremder Sachen konvalesziert, wenn der Verpfänder später deren Eigentümer wird und der Gläubiger ihn zur Zeit des Pfandgeschäftes für berechtigt zur Verpfändung gehalten hatte.[8] Unter derselben Voraussetzung konvalesziert die Verpfändung, wenn der Eigentümer Erbe des verpfändenden Nichteigentümers wird.[9] Der Teilerbe erhält das Pfandrecht an demjenigen ideellen Teile der Pfandsache, welche der Erbportion des Eigentümers entspricht.[10] [11]

Bei der Verpfändung künftiger Sachen tritt das Pfandrecht in Kraft, sofern sie in der Tat entstehen und Eigentum des Verpfänders werden. Dies gilt insbesondere für verpfändete nicht getrennte Früchte, falls sie nach ihrer Separation in das Eigentum des Verpfänders gelangen.[12]

Bd. 1 §§ 29 und 30, Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte S. 68, siehe auch R.G. Bd. 10 S. 41.

8) Freilich ist bestritten, ob wahre Konvaleszenz eintritt. Die Gegenansicht stützt sich auf l. 9 § 3 D. qui pot. 20, 4. Africanus libro 8 quaestionum: Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse. Die von der Titia bewilligte Nachhypothek soll also nicht konvaleszieren, wenn die Titia im Augenblicke der Abfindung des ersten Hypothekars nicht mehr Eigentümerin war. Diese Entscheidung ist nur daraus zu erklären, daß Afrikanus in Übereinstimmung mit der älteren römischen Jurisprudenz die Bewilligung einer Nachhypothek noch als bedingt durch die Abfindung des vorstehenden Gläubigers ansah. Unter dieser Voraussetzung ließe sich sagen: das dem Mävius bewilligte Pfandrecht kann ihm nicht zustehen, wenn sich seine Bedingung durch Abfindung seines Vorgängers, des Titius, purifiziert; denn nunmehr war die Verpfänderin, die Titia, nicht mehr Eigentümerin der Pfandsache; es kann aber auch nicht durch Rückziehung auf den Augenblick der Pfandkonvention Kraft gewinnen, denn damals war die Titia noch nicht Eigentümerin. Im späteren Rechte gilt die Nachhypothek nicht mehr als bedingte; der Entscheidung des Afrikanus ist also das Fundament entzogen. Über die verschiedenen Auffassungen vgl. Windscheid in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 3 n. 10 und Pand. Bd. 1 § 230 Anm. 8.

9) Gegen die Konvaleszenz in diesem Falle erklärt sich Paulus libro 3 quaestionum l. 41 D. de pign. act. 13, 7: Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori. non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur. Für die Konvaleszenz spricht sich aus Modestinus libro 7 differentiarum l. 22 D. de pign. 20, 1: Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori. Die zahlreichen Vereinigungsversuche sind sämtlich mißlungen, der Widerspruch ist nicht zu beseitigen. Bachofen S. 548 zieht die Ansicht des Paulus vor. Aber die gemeine Meinung schließt sich mit Recht dem Modestinus an. Hierfür spricht entscheidend die Analogie der exceptio rei venditae et traditae. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 269. H. Krüger, exceptio doli I S. 68.

10) arg. l. 14 C. de rei vind. 3, 32, vgl. § 178 Anm. 9.

11) Das Recht des BGB. ruht auf dessen § 185.

12) Vgl. l. 15 pr. D. de pign. 20, 1, l. 11 § 3 D. qui potiores 20, 4. Abweichende Ansichten siehe bei Windscheid Bd. 1 § 230 Anm. 10, Exner, Kritik S. 108.

b) Gesetzliche Pfandrechte.[1]

§ 231. Gesetzliches Pfandrecht des Vermieters und Verpächters.

Die römischen gesetzlichen Pfandrechte sind teils spezielle — an einzelnen Vermögensbestandteilen, teils generelle — an einem Gesamtvermögen.

Unter den Spezialpfandrechten sind die des Vermieters und des Verpächters die wichtigsten.[2]

a) Der Vermieter von städtischen Grundstücken — von Häusern,[3] Magazinen, Stallungen, Plätzen zum Verfertigen oder zum Aufbewahren von Objekten[4] — hat wegen seiner Forderungen aus dem Mietsvertrage[5] ein gesetzliches Pfandrecht an den in die Mietsache eingebrachten Mobilien des Mieters — dessen Illaten. Nicht verpfändet sind bloß gelegentlich und vorübergehend eingebrachte Sachen.[6] Objekte Dritter unterliegen dem Pfandrechte nur, wenn deren Eigentümer der Verpfändung zustimmten.[7] Die vom After-

---

1) Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2, Tit. Cod. 8, 14. Die gesetzlichen Pfandrechte behandelt ausführlich Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht 2 Teile 1803, ferner Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 35 ff., wo auch ältere Literatur zitiert ist; siehe auch Vangerow Bd. 1 §§ 374 ff.

2) Bunsen, das gesetzliche Pfand- und Zurückhaltungsrecht des Verpächters und Vermieters 1848, H. Wächter, das Vorzugsrecht des Vermieters 1885. Über das Recht des BGB. vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 229 S. 192.

3) Das Pfandrecht des Vermieters an den Illaten des Mieters, ursprünglich nur Usance der Stadt Rom, wurde von Justinian zum Rechte des gesamten Reiches erhoben, l. 7 C. in quib. caus. pign. 8, 14. Vgl. über dasselbe l. 4 pr. D. in quib. caus. pign. 20, 2. Neratius libro 1 membranarum: Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur. Vgl. Manigk a. a. O. S. 40 ff.

4) l. 3, l. 4 § 1 D. h. t. 20, 2, l. 198 D. de V. S. 50, 16; OLG. Hamburg bei Seuffert, Archiv Bd. 54 Nr. 19. Nach BGB. § 559 hat jeder Vermieter eines Grundstückes das Pfandrecht.

5) Das Pfandrecht deckt alle Ansprüche aus dem Mietskontrakt, also nicht bloß verfallene und künftige Mietzinsforderungen, sondern auch Ansprüche wegen Deteriorationen der Mietsache und wegen Auslagen des Vermieters infolge des Mietverhältnisses, l. 2 D. h. t. 20, 2. BGB. § 559 bestimmt: „Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden."

6) l. 7 § 1 D. h. t. 20, 2. Pomponius libro 13 ex variis lectionibus: Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint: quod magis est; vgl. l. 32 D. de pign. 20, 1, ROHG. Bd. 6 S. 284. Das Pfandrecht des Vermieters erstreckt sich auch auf verkäufliche Waren, welche in die gemieteten Räume, Magazine, Läden eingebracht sind. Denn auch solche Waren haben bis zu ihrer Fortschaffung dort ihren regelmäßigen Aufenthalt, gleichsam ihren Sitz. Nach dem vermutlichen Willen der Beteiligten treten aber die Waren, welche bis zur Vornahme der Beschlagnahme des Vermieters ordnungsmäßig veräußert wurden, aus der Haftung, vgl. l. 34 pr. D. de pign. 20, 1, ROHG. Bd. 6 S. 285. BGB. § 560. — Ob auch die nach ZPO. § 811 der Pfändung nicht unterworfenen Sachen dem Vermieter hafteten, war nach gemeinem Rechte zweifelhaft; vgl. einerseits RG. in Straff. Bd. 4 S. 198, andererseits Eck in den Festgaben für Gneist S. 251. Jetzt ist die Frage durch BGB. § 559 erledigt, wonach sich das Pfandrecht nicht auf Sachen erstreckt, welche der Pfändung nicht unterliegen.

7) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts. Inferiert der

mieter eingestellten Mobilien sind auch dem ersten Vermieter verpfändet, jedoch nur zu dem Betrage, welchen der Aftermieter seinem Vermieter schuldet.[8]

b) Der Verpächter landwirtschaftlicher Grundstücke hat wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage ein gesetzliches Pfandrecht an den Früchten des Pachtgutes,[9] welche der Pächter oder dessen Afterpächter[10] perzipiert.

Ein besonderer Schutz des Pfandrechts des Vermieters liegt in seinem Perklusionsrechte, d. h. dem Rechte, die Wegschaffung der ihm verpfändeten Objekte aus der Mietsache zu verhindern.[11] Rechtswidrige Wegführung der Illaten zugunsten des Eigentümers, ja sogar der Versuch einer solchen, ist mit öffentlicher Strafe bedroht.[12]

Behufs Freigebung der perkludierten Sachen hatte der Mieter in Rom ein eigenes interdictum de migrando, falls er die Tilgung der Mietschuld nachwies oder dartat, daß die retinierten Gegenstände nicht zu den verpfändeten gehörten.[13]

Das Recht des Vermieters und Verpächters ist mit seinem Retentionsrecht nicht erschöpft, wie dies ältere Schriftsteller oft annahmen. Er kann

---

Mieter Mobilien seiner Frau, und ist er nach dem ehelichen Güterrechte, unter dem die Eheleute stehen, zur Verpfändung ihrer Mobilien befugt, so gelten dieselben als durch die Illation verpfändet. RG. in Strafsachen Bd. 23 S. 164.

8) l. 11 § 5 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 28 ad edictum: unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri — nam Julianus scribit solvi ei posse —. et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum: plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cenaculum conduxi: non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio cenacularii proficiat domino, sed sua propria. Vgl. über diese Stelle Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 307. Nach BGB. sind die Mobilien des Aftermieters dem ersten Vermieter nicht verpfändet.

9) l. 7 pr. D. in quib. caus. pign. 20, 2, vgl. l. 52 § 8 D. de furtis 47, 2. Nach BGB. § 585 erstreckt sich das Pfandrecht des Verpächters auch auf die vom Pächter eingebrachten Sachen. Hiernach hat man die Ansicht vertreten, die ursprüngliche römische Hypothek sei nicht Pfand- sondern Beschlagsrecht; so Mitteis in seinen Vorlesungen, vgl. Rabel a. a. O. S. 88 ff.

10) l. 24 § 1, l. 53 D. locati 19, 2.

11) l. 9 D. in quib. caus. pign. 20, 2, Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 332. BGB. § 561.

12) Strafgesetzbuch § 289. — Wer die inferierten Mobilien nicht zugunsten des Eigentümers derselben, sondern im eigenen Interesse wegbringt, verfällt dem Strafgesetze nicht, RG. in Straff. Bd. 7 S. 325. Der Mieter war nach gemeinem Rechte nicht berechtigt, einzelne Sachen eigenmächtig fortzuschaffen und den Vermieter darauf zu verweisen, daß er in den zurückbleibenden übrigen Sachen eine genügende Deckung für die verfallene Miete finde, RG. in Straff. Bd. 3 S. 24. Anders aber BGB. § 560. Eine ausdrückliche Erklärung des Vermieters, von seinem Zurückhaltungsrechte Gebrauch machen zu wollen, ist zur Strafbarkeit der Verbringung der Illaten nicht erfordert, es genügt, daß die Umstände unzweideutig erkennen lassen, daß der Vermieter sein Pfandrecht an der gemieteten Sache geltend machen wollte. RG. in Straff. Bd. 4 S. 43, Bd. 6 S. 321.

13) Tit. Dig. de migrando 43, 32, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 334. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 2 S. 72 ff. Nach modernem Recht reicht hierzu die Klage aus dem Mietkontrakt aus.

das Weggebrachte auch mit der Pfandklage verfolgen.[14] Doch werden die mit Wissen und ohne Einspruch des Vermieters aus der Mietsache weggeschafften Illaten von der Pfändung frei.[15]

§ 232. Die übrigen gesetzlichen Pfandrechte.

I. Gesetzliche Spezialhypotheken standen ferner folgenden Ansprüchen zur Seite:

1. Gelddarlehen zur Wiederherstellung von Gebäuden an den hergestellten Gebäuden;[1]

2. Ersatzforderungen unmündiger Mündel an den mit ihrem Gelde von ihrem Vormunde oder von Dritten angeschafften Objekten;[2]

3. Vermächtnisforderungen an den Objekten, welche der Belastete vom Erblasser erhielt.[3] [4]

II. Gesetzliche Generalhypotheken standen zu:

1. dem Fiskus wegen direkter Abgaben[5] und wegen Forderungen aus Kontrakten,[6] [7] der Kirche am Vermögen ihrer Emphyteuten wegen Verschlechterung der Emphyteusen[8] und nach der Praxis am Vermögen ihrer Verwalter zur Sicherung von Ansprüchen aus der Verwaltung;[9]

2. den Minderjährigen[10] und Geisteskranken[11] am Vermögen ihrer Vormünder;[12] [13]

14) Vgl. hierzu BGB. § 561 Abs. 2.

15) ROHG. Bd. 6 S. 288 und dort zitierte Schriftsteller, RG. in Strafs. Bd. 14 S. 324, BGB. § 560.

1) l. 1 D. in quib. caus. pign. 20, 2. Madai in Lindes Zeitschr. Bd. 19 n. 4, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 37, Schlayer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 S. 83.

2) l. 6 C. de servo pignori dato 7, 8. Dieses Pfandrechts gedenkt auch l. 7 pr. D. qui potiores 20, 4, l. 3 D. de rebus eorum 27, 9, vgl. übrigens l. 17 C. de pign. 8, 13, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 39. Über ein anderes Recht, welches dem Unmündigen wegen der mit seinem Gelde angeschafften Objekte zusteht, siehe oben § 188 Anm. 9.

3) l. 1, l. 2 C. comm. de legatis 6, 43, nov. 108 cap. 2, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 40.

4) Das BGB. hat diese Pfandrechte nicht übernommen.

5) Dem Fiskus stehen Regent und Regentin allgemein gleich nach l. 6 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

6) l. 2 C. in quib. caus. pign. 8, 14 Antoninus: Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur. l. 2, l. 3 C. de privilegio fisci 7, 73, l. 28 D. de jure fisci 49, 14. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 41 ff.

7) Streitfrage ist, ob der Fiskus für alle seine Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht erhielt. In der l. 46 § 3 D. de jure fisci 49, 14 tut Hermogenianus libro 6 juris epitomarum den Ausspruch: fiscus semper habet jus pignoris. Hierin sehen viele einen entscheidenden Beweis für die Allgemeinheit des fiskalischen Pfandrechts. Aber der Ausspruch Hermogenians bezeichnet kurz das Regelmäßige; ganz genau ist er nicht. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 340. Anders jedoch Windscheid Bd. 1 § 232 Anm. 1, Vangerow Bd. 1 § 375 n. 1, Arndts § 373 Ziff. a.

8) nov. 7 cap. 3 § 2.

9) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 44 Anm. 13 und dort Zitierte, Windscheid Bd. 1 § 232 Ziff. 10. Das gleiche Pfandrecht stand auch den Städten am Vermögen ihrer Verwalter zu. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 44 Anm. 9, Windscheid Bd. 1 § 232 Ziff. 10.

10) Dies Legalpfandrecht führte Konstantin ein, l. 20 C. de adm. tutor. 5, 37. vgl. l. 1 C. Theod. de adm. et per. tutorum 3, 30. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 45.

3. den Kindern am Vermögen ihres Vaters wegen ihrer mütterlichen Adventitien,[14] ferner am Vermögen von Vater oder Mutter wegen Erstattung der lucra nuptialia, welche diese infolge einer früheren Ehe gewonnen und infolge ihrer Wiederverheiratung an ihre Kinder aus dieser Ehe verloren hatten;[15]

4. der Ehefrau wegen Rückgabe ihrer Dos am Vermögen des Mannes — Dotalhypothek[16] —, außerdem wegen ihres übrigen der Verwaltung des Mannes anvertrauten Vermögens — der bona parapherna[17] und endlich dem Ehemanne am Vermögen des Bestellers der Dos wegen deren Entrichtung.[18 19]

5. Es bestand auch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen dessen, welchem das von seinem verstorbenen Ehegatten unter der Bedingung des Nichtwiederheiratens Hinterlassene interimistisch ausgehändigt war, für den Fall, daß diese Bedingung nicht eingehalten wurde, zugunsten der dann Rückforderungsberechtigten.[20]

c) Richterliche Pfandrechte.

§ 233. Das pignus praetorium.

Richterliche, d. h. unter gerichtlicher Autorität begründete Pfandrechte bilden Mittel der Verfolgung und Verwirklichung von Rechten.[1] Sie

11) l. 7 §§ 5a und 6c C. de curat. furiosi 5, 70.

12) Heiratet die Mutter-Vormünderin vor Rechnungslegung und Herausgabe des Mündelvermögens an ihre Kinder aufs neue, so ist auch das Vermögen des Stiefvaters den Kindern verpfändet, l. 2 C. quando mulier 5, 35, l. 6 C. in quib. caus. pign. 8, 14.

13) Die Hypothek verhaftet richtiger Ansicht nach auch das Vermögen der Protutoren, d. h. der Personen, die das Mündelgut, ohne Vormünder zu sein, gleich als seien sie Vormünder, verwalten, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 366 und dort Zitierte; ferner Weiß a. a. O. S. 129 ff.

14) l. 8 § 4 C. de sec. nupt. 5, 9. Justinianus: Illius etiam patris, qui in sua potestate . . . liberos . . . habens maternam eis substantiam vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur, isdem liberis bona supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus. Vgl. über die einschlagenden Streitfragen Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 47, Vangerow Bd. 1 § 375 n. 3.

15) l. 8 § 3 C. de sec. nupt. 5, 9. Zu den lucra nuptialia gehören Schenkungen, die Dos, die propter nuptias donatio, letztwillige Zuwendungen vom Ehegatten und Intestaterbschaften, die dem Überlebenden in seiner Eigenschaft als Ehegatten zukommen. Vgl. unten im Familienrecht.

16) Dies ist Bestandteil der Regelung der Dotalklage durch Justinian in der l. un. § 1b, c C. de rei uxoriae actione 5, 13 a. 530, vgl. l. 30 C. de jure dotium 5, 12, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 46, siehe Weiß a. a. O. S. 120 ff.

17) l. 11 C. de pactis conventis 5, 14. Justinian gibt den Worten nach die Hypothek nur wegen Paraphernalkapitalien. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 393.

18) l. un. § 1b C. de rei uxoria act. 5, 13.

19) Die Legalhypothek zugunsten der „propter nuptias donatio" kann als total unpraktisch hier übergangen werden; siehe unten im Familienrecht.

20) nov. 22 cap. 43 und 44, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 50.

1) Kann der Richter in Teilungsprozessen Pfandrechte begründen? Den römischen Quellen ist dies unbekannt und auch im gemeinen Rechte kommt derartiges nicht vor. Vgl. Dernburg Bd. 1 S. 177, anders Windscheid Bd. 1 § 233 Anm. 1. Vgl. aber auch Reichsges. über die Zwangsverst. § 128.

stehen daher im engsten Zusammenhange mit der Verfassung und dem Verfahren der Gerichte.

In Rom bestanden zwei hierher gehörige Institutionen von verschiedenem historischen Ursprunge, nämlich das Einweisungspfandrecht — pignus praetorium — und das Pfändungspfandrecht — pignus in causa judicati captum.

Das prätorische Pfandrecht knüpfte sich an die Besitznahme auf Grund einer Einweisung, — missio — des Prätors.[2]

Es gab vier Missionen mit pfandrechtlichem Charakter.[3]

a) Die missio rei servandae causa war Einweisung in das Gesamtvermögen des Schuldners. Sie leitete das Konkursverfahren ein, falls sich der Schuldner der Eröffnung eines Prozesses durch die Flucht entzog — fraudationis causa latitavit — oder wenn er sein Vermögen wegen Überschuldung den Gläubigern abtrat — cessio bonorum — oder verstarb und sein Nachlaß keinen Erben fand; auch diente sie der Exekution von Urteilen.[4]

b) Die missio legatorum servandorum causa wies die Legatare in die Erbschaftsmasse, wenn sich der Erbe weigerte, Bürgen für die Erfüllung derjenigen Vermächtnisse zu stellen, deren Auszahlung nicht sofort erfolgen konnte.[5]

c) Die Einweisung in das Nachbargrundstück, von welchem Schaden drohte, sicherte den bedrohten Nachbar, falls ihm die cautio damni infecti verweigert wurde.[6]

d) Die missio ventris nomine kam der schwangeren Frau zugute, wenn die Geburt eines künftigen Erben erwartet wurde. Sie setzte die Frau in die ruhende Erbschaft ein behufs Gewinnung und Sicherung von Alimenten.[7]

---

2) Das prätorische Pfandrecht behandelt eingehend Bachofen, Pfandr. S. 281 ff., vgl. weiter Dernburg, Pfandr. S. 400 ff.

3) Die prätorischen Missionen überhaupt zerfallen in zwei Kategorien. Die Missionen der einen Art stellen den faktischen Zustand her, auf welchen der Eingewiesene ein Recht behauptet. Hierher gehören die Einweisungen von Erben in den Nachlaß, z. B. die des Geisteskranken — bonorum possessio furiosi nomine — oder des in einem dem Anschein nach rechtsbeständigen Testamente Eingesetzten. Solche Missionen begründen kein Pfandrecht. Die andere Kategorie bezweckt nicht unmittelbare Realisierung eines Anspruches, sondern nur Sicherung für dessen Erfüllung. Hier entsteht Pfandrecht. Die bezüglichen Fälle stellt l. 1 D. quibus ex causis in possessionem 42, 4 zusammen.

4) An die missio rei servandae causa schloß sich die venditio bonorum — der Gesamtverkauf des Vermögens des Schuldners. Das Genauere gehört in die Darstellung des römischen Zivilprozesses. Vgl. Keller, röm. Zivilproz. § 82, Bethmann-Hollweg, röm. Zivilproz. Bd. 2 § 114, Bd. 3 § 159, Dernburg, bonorum emptio 1850.

5) Vgl. l. 5 D. ut in possessionem legatorum 36, 4. Außer der missio legatorum servandorum causa bestand die sog. missio Antoniniana, eine Einweisung des Vermächtnisnehmers, welcher die Entrichtung des fälligen Vermächtnisses vom Erben gerichtlich gefordert und binnen 6 Monaten nicht erhalten hatte, in das gesamte ererbte und eigene Vermögen des Erben mit dem Rechte, die Früchte behufs seiner Befriedigung zu gewinnen. Vgl. unten im Erbrecht.

6) Oben § 194 Anm. 14 und 15.

7) Das Nähere ist im Erbrecht darzustellen.

Der Eingewiesene erlangte mit der Besitznahme Detention neben dem Sachbesitzer, der zunächst nicht aus dem Besitze verdrängt wurde.[8] An die Besitznahme knüpfte sich dann ein prätorisches Pfandrecht,[9] welches jedoch eigentümlicher Art war.[10] [11]

§ 234. Pfändungspfandrecht.

Die zweite Hauptart des richterlichen Pfandrechts, das Pfändungspfandrecht,[1] lehnt sich zwar historisch an das römische Recht an, ist aber im modernen Recht namentlich durch die ZPO. eigenartig ausgestaltet worden.

1. Pfändung ist ein Akt, durch welchen man dem Schuldner behufs Sicherung eines Anspruches die Verfügung über gewisse Vermögensobjekte entzieht. Sie geschieht bei körperlichen Sachen vorzugsweise durch Aneignung des Besitzes. Ein Pfandrecht im wahren Sinne, insbesondere ein Vorrecht vor bereits bestehenden persönlichen Forderungen ist keine notwendige Folge, die Pfändung kann aber ein solches begründen.

2. In Rom kam erst seit der Kaiserzeit und nur im Extraordinarverfahren die Vollstreckung von Urteilen durch richterliche Pfändung — pignus in causa judicati captum — in Aufnahme. Der Exekutor pfändete zunächst die Mobilien, eventuell auch die Immobilien des Schuldners und verkaufte, falls dadurch Erfüllung nicht erreicht wurde, frühestens nach 2 Monaten die gepfändeten Objekte gegen bare Zahlung.[2] Volle Durchbildung scheint das Institut im römischen Recht aber nicht gefunden zu haben, namentlich ist nirgends bestimmt, welche Befugnisse anderen Gläubigern zustanden, die sich solcher Pfändung anschließen wollten.[3]

---

8) l. 3 § 23 D. de amitt. vel aquir. poss. 41, 2.

9) l. 26 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 3 disputationum: Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. Als Pfandrecht faßt die Stellung des Immittierten bereits Julianus auf libro 44 digestorum l. 2 pr. D. pro herede 41, 5: Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, non interpellat possessionem ejus, qui pro herede usucapit: custodiae enim causa rem tenet. quid ergo est? etiam impleta usucapione jus pignoris retinebit, ut non prius discedat, quam si solutum ei legatum fuerit aut eo nomine satisdatum.

10) Erst Justinian gab in der l. 2 C. de praetorio pignore 8, 21 dem Immittierten eine actio hypothecaria.

11) Etwas Verwandtes mit den römischen Missionen hat die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Zwangsverwaltung von Grundstücken des Schuldners. Reichsgesetz über Zwangsverst. §§ 146 ff. Auch gestattet die ZPO. §§ 866, 932 zum Zwecke der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung die Eintragung einer Sicherungshypothek auf die Grundstücke des Schuldners.

1) Rudolph, zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht in Iherings Jahrb. Bd. 20 n. 8.

2) Vgl. namentlich l. 15 D. de re judicata 42, 1, sowie l. 31 D. eod.

3) Gegen die Auffassung des römischen pignus in causa judicati captum als eines voll durchgebildeten Pfandrechts hat sich Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 417 und Windscheid Bd. 1 § 233 Anm. 5 erklärt. Anderer Ansicht ist Stölzel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 45 S. 272, Waldeck ebendaselbst Bd. 55 S. 484 Anm. 6. Für die Gleichstellung mit dem Vertragspfandrecht beruft man sich namentlich auf l. 1 C. si in causa judicati 8, 22. Doch ist hier nicht von einer gerichtlichen Pfändung, sondern von einer Mission — jussus — und einer daraufhin erfolgten Besitznahme durch den Gläubiger selbst die Rede.

3. Die ZPO.[4] gibt dem Pfändenden ein Pfandrecht an den betreffenden Gegenständen,[5] diese Vorschrift bezieht sich aber nicht auf die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen.[6] Die Pfändung dient der Vollstreckung von Geldforderungen. Sie geschieht an körperlichen Sachen durch den Gerichtsvollzieher mittels Besitznahme der gepfändeten Objekte oder mittels dauernder, die Pfändung manifestierender Zeichen, z. B. Anlegung von Siegeln, Aufrichtung von Pfandtafeln.[7]

Das Pfändungspfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht. Das durch die frühere Pfändung begründete sog. Pfändungspfandrecht geht daher dem später durch eine sog. Anschlußpfändung erworbenen Pfandrecht vor.

An die Pfändung kann sich die Veräußerung des Pfandstückes anschließen, und zwar frühestens nach Ablauf einer Woche. Sie hat gegen bare Zahlung zu geschehen.

4. Auch der Arrest wird durch Pfändung vollzogen und begründet nach der ZPO. ein unbedingtes Pfandrecht.[8]

II. Gegenstand des Pfandrechts.

§ 235. Verpfändbare Gegenstände.

1. Alle selbständigen Vermögensobjekte, die verkäuflich sind, können Gegenstand des Pfandrechts werden.[1] Ein Pfandrecht im engeren Sinne ist aber nur an solchen körperlichen Sachen — Immobilien oder Mobilien — möglich, die des privaten Eigentums fähig sind.[2]

2. Die Verpfändung körperlicher Sachen kann zu einem bloßen *ideellen Teile* geschehen,[3] und zwar nicht nur durch einen Miteigentümer, sondern auch, was freilich selten vorkommen wird, durch den Alleineigentümer der Sache.[4] Ein derartiges Pfandrecht geht keineswegs ohne weiteres auf den *reellen Teil* der Sache über, in welchen sich der verpfändete ideelle Teil später durch Vertrag oder Urteilsspruch zwischen dem Verpfänder und seinem Teilhaber *umsetzt*. Es erhält sich vielmehr ungeändert an dem verpfändeten intellektuellen Teile,[5] sofern der Pfand-

4) ZPO. §§ 803 ff. Vgl. außer den Kommentaren zur ZPO. auch Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 284 S. 790.

5) ZPO. § 804.

6) Maßgebend ist hier vielmehr das Reichsgesetz vom 24. März 1897.

7) Nach ZPO. § 810 können Früchte, bevor sie vom Boden getrennt sind, gepfändet werden.

8) ZPO. § 930. Das deutsche Recht kennt Fälle rechtmäßiger Privatpfändung, die gleichfalls ein Pfandrecht erzeugt.

1) l. 9 § 1 D. de pign. 20, 1. Gajus libro 9 ad edictum provinciale: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.

2) Über die Verpfändung von Rechten vgl. das Nähere unten § 255. Öffentliche Gerechtsame, z. B. Beamtenstellungen, Landstandschaft sind nicht veräußerlich und demnach auch nicht verpfändbar; auch das Patronatrecht ist nicht selbständig veräußerlich oder verpfändbar. Im römisch-byzantinischen Reiche jedoch gab es Beamtenstellen — militiae — die veräußerlich und verpfändbar waren. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 422 ff.

3) l. un. C. si communis res pignerata sit 8, 20.

4) So Exner, Kritik S. 63 Anm. 130. Vgl. l. 8 § 3 D. quib. mod. pign. 20, 6, wo der Gläubiger dem Alleineigentümer eines fundus das Pfandrecht zur ideellen Hälfte erläßt. Anders BGB. § 1114.

5) Die römischen Juristen erörterten die Frage zunächst bezüglich eines Nießbrauches an einem ideellen Teile. Entgegen der Ansicht des Trebatius erklärte Labeo,

gläubiger nicht bei der Auseinandersetzung zwischen den Eigentümern hinzugezogen wurde.[6]

3. Auch Sachgesamtheiten können verpfändet werden, z. B. ein Warenlager, eine Bibliothek. Hier erhebt sich die Frage, ob die einzelnen später veräußerten Stücke von der Pfandhaftung befreit, und ob die später hinzutretenden Gegenstände von ihr ergriffen werden. Diese Frage ist bei den verschiedenen Arten der Sachgesamtheiten verschieden zu beantworten. Handelt es sich um Sachgesamtheiten, die natürlicher- und üblicherweise beständigem Wechsel und regelmäßiger Erneuerung unterliegen, z. B. um eine Herde oder gar den Warenbestand eines offenen Ladens, so gilt das ordnungsmäßig Veräußerte als entlastet und das neu Einverleibte als pfandrechtlich verhaftet. Bei Verpfändung von Sachgesamtheiten anderer Art, z. B. der Gemäldegallerie eines Kunstfreundes, der Bibliothek eines Gelehrten, unterliegen nur die zur Zeit der Verpfändung inbegriffenen Stücke dem Pfandrechte.[7]

4. Fungibilien, z. B. Getreidemassen, Geld,[8] ferner Inhaberpapiere können Gegenstand eines regelrechten Pfandrechts sein. Nicht selten händigt aber der Schuldner seinem Gläubiger derartige Objekte, insbesondere Geld, zu dessen Sicherung unter der Vereinbarung ein, daß ihm nach Abwicklung des Schuldverhältnisses die entsprechende Summe zurückerstattet werde. Man pflegt hier vorzugsweise von Kautionen zu reden, von Amts-, Pacht-, Prozeßkautionen.[9] Ihrem Wesen nach erzeugen sie Pfandrecht — pignus irregulare. Die Klage auf Rückgewähr nach Abwicklung des Schuldverhältnisses ist daher eine actio pigneraticia in personam. Sie geht nicht auf Erstattung der verpfändeten Spezies, sondern auf Rück-

daß der Spruch des Teilungsrichters zwischen den Miteigentümern den Nießbrauch an dem ideellen Teile nicht verändere, „non potuisse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare", l. 31 D. de usu et usu fructu leg. 33, 2. Diese Ansicht, die freilich mehr formell juristisch als zweckmäßig ist, wurde von den römischen Juristen angenommen und auch auf das Pfandrecht angewendet, l. 7 § 4 D. quib. mod. pign. 20, 6. Gajus libro singulari ad formulam hypothecariam: Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata; vgl. l. 3 § 2 D. qui potiores 20, 4, l. 6 § 8 D. comm. div. 10, 3.

6) l. 2 C. communi dividundo 3, 37.

7) Vgl. oben § 56. Die Meinungen sind sehr geteilt, siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 59 und dort Zitierte; Göppert, einheitliche und zusammengesetzte Sachen S. 59; Demelius a. a. O. S. 147, 197. Die Hauptstelle ist l. 34 pr. D. de pignoribus 20, 1. Scaevola libro 27 digestorum: Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit: ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Vgl. ferner l. 13 pr. de pign. 20, 1 und Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht Bd. 1 S. 61 ff.

8) l. 34 § 2 D. de pign. 20, 1. l. 7 § 1 D. qui potiores 20, 4.

9) Vgl. ZPO. § 108.

zahlung einer entsprechenden Summe. Auf den Gläubiger ist Eigentum, Verbrauchsrecht und Gefahr übergegangen.[10]

§ 236. Umfang der Pfandhaftung.[1]

Das Pfandrecht umfaßt mit der Pfandsache den Komplex aller zugehörigen Dinge. Und zwar ergreift es einiges mit zwingender Kraft gemäß Rechtsordnung, anderes nur in der Regel auf Grund der Vermutung des Verpfändungswillens.

1. Nach Rechtsnotwendigkeit tritt unter die Pfandhaftung, was mit der Pfandsache zur rechtlichen Einheit verbunden ist. Dahin gehören körperlicher Zuwachs der Sache, insbesondere auf dem Pfandgrundstücke befindliche Gebäude,[2] sowie Anpflanzungen, ferner Alluvionen, die es vergrößern.[3] Ebenso ergreift das Pfandrecht Realrechte des Pfandgrundstücks, z. B. an dasselbe geknüpfte Grundgerechtigkeiten, Teilnahmerechte an gemeiner Weide oder Wald, Kirchstühle, Erbbegräbnisse.[4] Erlischt eine auf der Pfandsache zur Zeit der Verpfändung ruhende Last, z. B. ein Nießbrauch, so verbessert sich damit das Pfandrecht.[5] Es macht keinen Unterschied, ob sich

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 429, Windscheid Bd. 1 § 226a. Andere Konstruktionen vertreten L. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherung, Wien 1868; vgl. Strohal in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 411, Exner, Kritik S. 173ff., Hanausek in der Beilage seiner Schrift über den uneigentlichen Nießbrauch, Kretschmar secum pensare S. 110, Demelius a. a. O. S. 204. Siehe RG. Bd. 12 S. 223, in Strafsachen Bd. 22 S. 354.

1) Huschke in Lindes Zeitschr. Bd. 20 S. 246ff., Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 56.

2) l. 21 D. de pign. act. 13, 7. Vgl. RG. Bd. 12 S. 157 über die Frage, ob in das Grundstück verbaute Materialien, deren Eigentümer sich das Eigentum vorbehält, pfandrechtlich verhaftet sind, wenn sie vom Grundstück wieder getrennt sind.

3) l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7, l. 16 pr. D. de pign. 20, 1.

4) Vgl. auch BGB. § 1126. Ein schwieriges Problem ist die Wirkung des Unterganges der dem Pfandgrundstücke zustehenden Servituten auf das Pfandrecht. Zieht er den Untergang des Pfandrechts nach sich? Grundsätzlich ist die Frage zu bejahen, denn an dem, was nicht mehr existiert, kann ein Pfandrecht nicht bestehen. Für den Fall des Erlöschens der Servitut durch Nichtgebrauch erkennt man dies auch allgemein an. Dagegen kann der Verzicht des Eigentümers des Pfandobjektes dem Pfandgläubiger offenbar nicht schaden, wenn die Servitut bereits zur Zeit der Verpfändung bestand und wenn er durch den Verkauf des Grundstückes ohne die Servitut nicht zu seiner vollen Befriedigung kommen kann. Vgl. BGB. §§ 876ff. Sehr bestritten ist aber die Frage der Konfusion. Erhält sich also das Pfandrecht, wenn der Eigentümer des Pfandobjektes das Eigentum der dienenden Sache erwirbt? Mit gewichtigen Gründen ist man neuerdings für die Erhaltung des Pfandrechts trotz der Konfusion, also für deren bloß relative Kraft eingetreten. In der Tat kann sie unter Umständen den Wert des Pfandrechtes bedeutend schmälern. Vgl. namentlich Kohler, gesammelte Abhandl. S. 295, Jhering in seinen Jahrb. Bd. 10 S. 302, Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 11. Man wird dem dennoch vom Standpunkte des röm. Rechts nicht zustimmen dürfen. Hier erscheint die Konfusion durchaus als absoluter Grund des Unterganges der Grundgerechtigkeiten, nirgends als bloß relativer Beendigungsgrund der Rechte.

5) l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7. Windscheid Bd. 1 § 226a will dies dann nicht gelten lassen, wenn der Eigentümer den Nießbrauch zurückkauft oder wenn er ihm schenkungsweise erlassen wird. Offenbar habe die Stelle nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur durch Tod oder capitis deminutio untergehe. Aber der Satz ist allgemein ausgesprochen und logisch begründet. Die Distinktion Windscheids ist daher nicht zu adoptieren. So auch Hartmann in Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 136.

die erwähnten Erweiterungen und Verbesserungen der Pfandsache beim Verpfänder vollzogen, oder erst nachdem die Pfandsache in die Hand Dritter überging.[6]

2. Die beweglichen Pertinenzen der Pfandsache sind nur in der Regel mit ihr verpfändet; es beruht dieses auf bloßer Vermutung des Parteiwillens, nicht auf Rechtsvorschrift. Daher hat der Satz nur für Pertinenzen, die dem Verpfänder gehören, Geltung, nicht aber für solche, die einem dritten Besitzer zu eigen sind.

Auch die Früchte der Pfandsache sind stillschweigend mit ihr verpfändet.[7] Zur Entstehung dieses Pfandrechts ist erforderlich, daß die Früchte nach ihrer Trennung in das Eigentum des Verpfänders gelangen.[8]

III. Die versicherte Forderung.

§ 237. Die Arten der versicherten Forderung.

1. Das Pfandrecht dient zur Sicherung von Forderungen jeder Art. Vorzugsweise handelt es sich um Geldforderungen;[1] es sichert aber auch Forderungen, deren Gegenstand Leistung von anderen Fungibilien, einer Spezies oder von Handlungen ist.[2] Ob die Forderung aus Kontrakt, Delikt oder anderen Gründen entspringt, kommt nicht in Betracht.[3]

2. Für nichtige oder durch peremtorische Exzeption völlig entkräftete

---

6) l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1.

7) Vgl. Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers 1862, Göppert, die organischen Erzeugnisse S. 371 ff., Daniel Krönig, die pfandrechtliche Haftung der Früchte. Göttinger Inaug.Diss. 1891. Die Mitverpfändung der Früchte ist bestritten. Sie ergibt sich namentlich aus l. 3 C. in quib. caus. pign. 8, 14. Alexander: Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit a. 223, vgl. l. 32 § 1 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1. Auch das Sklavenkind galt als mitverpfändet, l. 1 C. de partu pignoris 8, 24. Die entgegengesetzte Auffassung vertritt Pauli sent. II 5 § 2: foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. Vgl. hierüber Vangerow Bd. 1 § 370 Anm. 1, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 442, Göppert a. a. O. S. 376, Schlayer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 S. 87. Da die sententiae von Paulus in den ersten Jahren der Alleinregierung Karakallas geschrieben sind — Fitting, römische Juristen S. 48 —, also etwa 10 Jahre vor dem zitierten Reskripte von Alexander, so hat der Gegensatz nichts Auffallendes.

8) l. 29 § 1 D. de pign. 20, 1. Paulus libro 5 responsorum: Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt. quod tamen diximus etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem ejus: ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. Gegen die Notwendigkeit des Eigentums des Verpfänders an den getrennten Früchten erklärt sich Göppert a. a. O. S. 379. Aber seine Gründe sind nicht ausreichend. Vgl. auch Czyhlarz, Fortf. v. Glück I S. 418 Anm. 27. — Über das Recht des BGB. vgl. §§ 1120, 1212.

1) Vgl. oben § 224.

2) l. 9 § 1 D. de pign. act. 13, 7.

3) Vgl. l. 8 § 5, l. 70 § 5 D. de fidej. 46, 1.

Forderungen kann ein wirksames Pfandrecht nicht begründet werden,[4] wohl aber für klaglose Forderungen — naturales obligationes.[5] Es erwächst dann eine Pfandklage, obgleich das Hauptrecht, die versicherte Forderung, der Klagbarkeit entbehrt.[6]

3. Ein Pfandrecht kann zugunsten fälliger, betagter, bedingter und auch zukünftiger Forderungen begründet werden.[7] Verpfändungen für künftige Forderungen sind nicht bloß zulässig, wenn bereits ein Verhältnis besteht, aus welchem sie sich entwickeln können, z. B. ein Gesellschaftsvertrag, ein Mandat, sondern auch wenn ein solches noch nicht vorhanden ist.

4. Auch Pfandrechte für künftige Forderungen datieren vom Augenblicke der Pfandkonvention an, sofern die Parteien es unmittelbar begründen wollen.[8]

§ 238. Umfang der versicherten Forderung.[1]

1. Das Pfand haftet für alle Erweiterungen der versicherten Forderung, welche von Rechts wegen hinzutreten. Dies gilt für gesetzliche Zinsen und überhaupt für alle Verpflichtungen infolge Verzuges und Verschuldung. Ferner deckt das Pfand den Gläubiger für seine Ansprüche wegen Auslagen auf die Pfandsache, sowie wegen der Kosten der Pfandklage und des Pfandverkaufes.[2]

2. Die Verpfändung erstreckt sich nicht ohne weiteres auf die vertragsmäßigen Zinsen.[3] Doch genügt, daß der Wille sie einzuschließen

4) l. 11 § 3 in fine D. de pign. act. 13, 7, l. 4 D. de nautico faenore 22, 2. In der Pfandbestellung kann eine Konfirmation der nichtigen Forderung liegen. Vorausgesetzt ist hierzu, daß der Pfandbesteller im Augenblicke der Verpfändung die Mängel der Obligation kannte, für die er ein Pfandrecht bewilligt, und daß er die Fähigkeit hat, sie zu konfirmieren. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 74 und dort Zitierte.

5) l. 5 pr. D. de pign. 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio et venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatum, et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.

6) l. 61 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

7) Vgl. BGB. §§ 1113 Abs. 2, 1209.

8) BGB. § 1209 bestimmt: Für den Rang des Pfandrechts — an einer beweglichen Sache — ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist. Bei Hypotheken richtet sich das Rangverhältnis nach der Reihenfolge der Eintragungen, § 879.

1) Weber, Erörterung der Frage, ob und inwiefern das Pfandrecht sich außer dem Kapitel auch auf Zinsen, Kosten und Konventionalstrafe erstrecke, in dessen Versuchen S. 151, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 76.

2) l. 8 § 5 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. l. 6 C. de pign. 8, 13. Ebenso BGB. § 1210.

3) l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7, l. 13 § 6 D. de pign. 20, 1, l. 18 D. qui potiores 20, 4, l. 4 C. de usuris 4, 32. Nach BGB. § 1210 haftet die verpfändete bewegliche Sache auch für Zinsen und Vertragsstrafen, über Hypotheken vgl. § 1118.

in irgendeiner Weise ausgedrückt ist, z. B. durch Pfandbestellung für die „Schuld".

3. Es kommt vor, daß sich aus dem Kontrakte, an welchen sich die Pfandbestellung anschließt, Verbindlichkeiten anderer Art als die beabsichtigten entwickeln, z. B. das beabsichtigte Darlehnsgeschäft kommt nicht zustande, weil die geliehenen Geldstücke dem Darleiher nicht gehörten, es entsteht aber eine condictio infolge ihrer Konsumtion durch den Empfänger der Darlehnsvaluta. Ohne Zweifel haftet das Pfand auch für solche nicht erwartete Obligationen; denn es gilt als Absicht der Beteiligten, alle aus dem Geschäfte entspringenden Verbindlichkeiten durch das Pfand zu versichern.[4]

Drittes Kapitel.

Die Wirkungen des Pfandrechts.

I. Allgemeiner Charakter.

§ 239. Verhältnis des Pfandrechts zum Eigentume.[1]

Das Pfandrecht beläßt dem Eigentümer, soweit dies mit seinem Zweck vereinbar ist, die Verfügung über die verpfändete Sache. Namentlich gilt dies bei der Hypothek, die ein unsichtbares, zunächst kaum fühlbares Band um die Sache schlingt.

a) Der Eigentümer des verhypothezierten Gegenstands hat das Recht, mit seiner Sache nach freiem Ermessen zu wirtschaften. Er kann ihre Bestimmung und die Art ihrer Benutzung beliebig ändern, nur die Sicherheit des Gläubigers zu gefährden, ist ihm nicht gestattet. Daher darf der Gläubiger insbesondere bei Verschlechterung der Pfandsache oder erheblicher Erschwerung ihrer Verkäuflichkeit die versicherte Forderung vorzeitig kündigen und die actio hypothecaria auch vor Fälligkeit der versicherten Forderung anstellen, um schützende Maßregeln, eventuell Sequestration der Pfandsache zu erzwingen.[2] [3]

---

4) Vgl. l. 56 § 2 D. de fidej. 46, 1. Selbstverständlich ist, daß eine falsche Benennung des Geschäftes, z. B. Kauf statt Pacht, die Geltung des für dasselbe gestellten Pfandes nicht berührt.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 1 ff. Rabel, die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders S. 9 ff., S. 28 ff.

2) l. 14 pr. D. de pign. 20, 1. BGB. §§ 1133 ff., Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 235 S. 655. Dem Pfandgläubiger steht bei schuldhafter Verschlechterung des Pfandes durch den Verpfänder ferner die actio pigneraticia contraria in personam offen, l. 9 pr. D. de pign. act. 13, 7. Außerdem hat er die actio legis Aquiliae. Dies ist namentlich dann von praktischer Bedeutung, wenn die versicherte Forderung der Klagbarkeit entbehrt, l. 27 D. de pign. 20, 1.

3) Ist vom Besitzer Niederreißung eines Gebäudes behufs Neubaues beabsichtigt,

b) Der Eigentümer der Pfandsache ist befugt, sie zu veräußern,[4] und zwar Grundstücke auch in Parzellen. Der Faustpfandgläubiger hat den Eigentümer beim Verkaufe dadurch zu unterstützen, daß er die Pfandsache Kauflustigen vorweist.[5] Auch mit dinglichen Lasten, z. B. Servituten oder anderen Pfandrechten, kann die verpfändete Sache beschwert werden, jedoch unvorgreiflich der Rechte des Pfandgläubigers.

Die Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, wonach der letztere das Pfand nicht veräußern darf, ist gültig, und jede ungeachtet dessen erfolgte Veräußerung dem Pfandgläubiger gegenüber nichtig.[6]

c) Der Eigentümer darf auf Rechte der verhypothezierten Sache verzichten, dem Pfandgläubiger kann das aber nicht entgegengestellt werden, soweit er hierdurch geschädigt ist.[7]

§ 240. Ungeteiltheit der Pfandhaftung.

Die Pfandsache haftet dem Pfandgläubiger ungeteilt für die ganze versicherte Forderung.[1] Dies ist nach einer doppelten Richtung von Bedeutung.

1. Die Pfandsache haftet für *jeden* Rest der Schuld, sei es an Kapital, sei es an mitversicherten Zinsen.[2] Sie kann bis zu deren völliger Abtragung als Ganzes vindiziert und verkauft werden.

2. Die *ganze* Pfandsache haftet für die versicherte Forderung. Wird die Pfandsache geteilt, so haftet daher jede *Parzelle* dem Gläubiger für die *ganze Forderung*. Der Besitzer der Parzelle, gegen welchen der

---

so muß sie der Gläubiger nur zugeben, wenn ausreichende Kaution für die Wiederherstellung geleistet ist. BGB. § 1134.

4) l. 12 C. de distract. pign. 8, 27.

5) l. 6 D. de pign. act. 13, 7. Der Verkauf einer *speziell verhypothezierten Mobilie* wurde nach römischem Recht als furtum possessionis angesehen, l. 19 § 6 D. de furtis 47, 2, war aber gleichwohl nicht nichtig. Vergleichende Studien über die Verfügungsbeschränkungen im germanischen und griechischen Recht bei Rabel a. a. O. S. 43 ff.

6) l. 7 § 2 D. de distract. pign. 20, 5. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Über die Anfechtung der Lesart siehe oben § 8 Anm. 9. Überhaupt vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 20. BGB. § 1136 bestimmt: „Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer" — des verpfändeten Grundstücks — „dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig".

7) Oben § 236 Anm. 4. Unrichtig Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 19.

1) Wächter im Archiv für ziv. Praxis Bd. 27 S. 188 ff.; Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 28; Demelius a. a. O. S. 163. Das Pfandrecht ist nicht, wie ältere Juristen lehrten, *unteilbar*. Denn als unteilbar läßt sich nur ein Recht bezeichnen, welches absolut und unter allen Umständen der Zerlegung widerstrebt. Das Pfandrecht aber *kann infolge des Willens der Beteiligten* geteilt werden. Richtig ist nur, daß die Teilung oder Verminderung der versicherten Forderung eine Teilung des Pfandrechts nicht von selbst im Gefolge hat. Daher spricht Papinian in der l. 65 D. de evict. 21, 2 von der „indivisa pignoris causa". Über die Beseitigung dieses Prinzips im Recht der Papyri vgl. Gradenwitz im Archiv für Papyrusforsch. Bd. 2 S. 100, Eger a. a. O. S. 45, Weiß a. a. O. S. 23 ff. Nach BGB. § 1132, § 1222 haftet jede von mehreren für dieselbe Forderung verpfändeten Sachen für die ganze Forderung.

2) l. 85 § 6 D. de verb. obl. 45, 1.

Gläubiger sich wendet, kann diesen nicht mit dem Betrage abfinden, der dem Verhältnisse des Wertes der Parzelle zu dem der Pfandsache entspricht.

Diese ungeteilte Haftbarkeit äußert ihre Wirkung namentlich dann, wenn der Pfandschuldner oder der Pfandgläubiger von mehreren beerbt wird.

a) Hinterläßt der Pfandschuldner mehrere Erben, so zerfällt die persönliche Forderung regelrecht in Teilforderungen gegen die einzelnen Erben, aber auf das Recht des Gläubigers am Pfande hat diese Teilung keinen Einfluß. Der Gläubiger kann daher auch diejenige Quote des Pfandobjektes, welche auf einen Miterben fällt, der seine Schuldrate vollständig abgetragen hat, bis zur völligen Tilgung der ganzen versicherten Forderung in Anspruch nehmen. Er belangt also auch solche Miterben als Pfandbesitzer rechtsgültig, die er als persönliche Schuldner nicht mehr verfolgen kann.[3]

b) Hinterläßt der Pfandgläubiger mehrere Erben, so teilt sich zwar die persönliche Forderung unter sie, aber jedem Erben haftet das Pfand solidarisch für seine Forderungsrate.[4]

Die Miterben haben untereinander die actio familiae erciscundae behufs Ausgleichung.[5]

II. Der Besitz des Pfandes.

§ 241. Besitz und Nutzungsrecht des Pfandgläubigers.

1. Der Faustpfandgläubiger erhält mit der Verpfändung rechtlich geschützten Besitz des Pfandes. Doch läuft die Ersitzung des Verpfänders während der Besitzzeit des Pfandgläubigers weiter.[1]

In Rom hatte auch der Hypothekar Recht auf den Besitz der Pfandsache, wenn die versicherte Forderung fällig und nicht getilgt war.[2]

2. Bezüglich des Rechts und der Pflicht des Pfandgläubigers, das von ihm besessene Pfandobjekt zu nutzen, gelten folgende Unterschiede:

a) Werden Objekte versetzt, die zum persönlichen Gebrauche des Verpfänders, nicht zum Geldertrage dienen, z. B. Kleider und Bücher eines Privaten, sein Silbergeschirr oder Schmuck, so darf sie der Gläubiger ohne spezielle Genehmigung des Verpfänders weder in persönlichen Gebrauch

3) l. 8 § 2 D. de pign. act. 13, 7. Pomponius libro 35 ad Sabinum: Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset. l. 2 C. si unus ex pluribus 8, 31.

4) l. 1 C. si unus ex pluribus 8, 31. Imp. Valerianus et Gallienus: Manifesti et indubitati juris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. a. 257. Vgl. l. 11 § 4 D. de pign. act. 13, 7, l. 11 D. de distr. pign. 20, 5.

5) Über die schwierige l. 29 D. fam. erc. 10, 2 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 43 ff.

1) l. 16 D. de usurp. et usuc. 41, 3, abgedruckt oben § 145 Anm. 10.

2) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 53. Der gemeinrechtlichen Praxis war das fremd, nach Reichsrecht kann der Hypothekar nur die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung beantragen.

nehmen, noch anderen vermieten. Er begeht sonst ein furtum usus und haftet selbst für Zufälle, die der Sache beim Gebrauche zustoßen.[3]

b) Anders bei Verpfändung von Objekten, die dem Schuldner ihrer Bestimmung nach ökonomischen Ertrag gewähren. Hier ist der Gläubiger berechtigt und sogar verpflichtet, die Nutzungen zu gewinnen.[4] Er erwirbt die Früchte mit der Perzeption.[5] Der Ertrag ist zunächst auf die Zinsen, dann auf das Kapital anzurechnen und etwaiger Überschuß herauszugeben.

3. Hat der Pfandgläubiger ein unverzinsliches Darlehen gegeben und zu dessen Sicherung vom Schuldner ein fruchttragendes Pfand erhalten, so darf er Früchte für sich bis zum Belaufe des landesüblichen Zinses zurückhalten.[6] Man bezeichnet dies Recht gewöhnlich als stillschweigende Antichrese.[7]

4. Antichrese im wahren Sinne ist der Vertrag, durch welchen dem Gläubiger die Nutzung einer Sache an Stelle der Zinsen für die Forderung eingeräumt wird.[8] Eine Antichrese ist aber auch ohne Verpfändung denkbar,[9] oft freilich wird durch sie der antichretische Gläubiger sichergestellt; daher erblickte man meist in der Bestellung der Antichrese eine Verpfändung.[10] Die Antichrese ist bei Mobilien wie Immobilien möglich.[11] Der Gläubiger ist zur Rechnungsstellung nicht verbunden, da er die Nutzungen behalten darf, auch wenn sie die Zinsen überschreiten; er kann aber keine Zinsen fordern, wenn die Nutzungen geringer sind oder gar ausfallen.[12]

---

3) l. 55 pr. D. de furtis 47, 2. Gajus libro 13 ad edictum provinciale: Si pignore creditor utatur, furti tenetur. Vgl. l. 9 § 2 D. de supellectile legata 33, 10.

4) l. 1—3 C. de act. pign. 4, 24. Kohler, pfandrechtliche Forschungen, S. 182 ff. Ebenso BGB. §§ 1212 ff., Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung 1910 S. 54 erklärt das römische Faustpfand schlechtweg für ein Nutzungspfand.

5) l. 1, l. 3 C. de act. pign. 4, 24, l. 39 D. de pign. act. 13, 7, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 71. Nach BGB. § 954 vollzieht sich der Eigentumserwerb „mit der Trennung".

6) l. 8 D. in q. c. p. t. c. 20, 2. Paulus libro 2 sententiarum: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. Vgl. Dernburg Bd. 2 § 89. Roedenbeck, die Antichresis. Halle 1874 S. 33. Dagegen Manigk a. a. O. S. 55 ff.

7) Vgl. Roedenbeck, die Antichresis, Kohler a. a. O. S. 73. Über das griechische Recht Weiß a. a. O. S. 18 ff., 38 ff. BGB. kennt die stillschweigende Antichrese nicht.

8) l. 11 § 1 D. de pign. 20, 1. Anders Windscheid Bd. 1 § 234 Anm. 5, Kohler a. a. O. S. 73. Das griechische Recht gewährte mit dem Besitz des Pfandes dem Gläubiger stets das Nutzungsrecht an Stelle der Zinsen ohne Verrechnung auf das Kapital, falls keine besondere Verabredung vorlag, Weiß a. a. O. S. 39 ff.

9) Vgl. namentlich Manigk a. a. O. S. 10 ff. sowie S. 55 ff. Im Anklang an das Recht der Papyri haben auch die römischen Quellen eine reine Zinsantichrese, eine Amortisations- und Verzugsantichrese gekannt; das Pfandverhältnis sei von der Antichrese klar abzusondern.

10) l. 33 D. de pign. act. 13, 7. Anders Manigk a. a. O. S. 50 ff.

11) Vgl. Manigk, Antichretische Grundstückshaftung in der Festgabe für Güterbock 1910.

12) l. 14, l. 17 C. de usuris 4, 32. Das BGB. läßt Antichresis an beweglichen Sachen zu, vgl. § 1214 Abs. 3, an Grundstücken kann sie dinglich nicht mehr begründet werden; über bestehende Antichresen vgl. RG. Bd. 47 S. 56. Verstößt die Antichrese gegen das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880, so ist sie strafbar und nichtig.

§ 242. Retentionsrecht wegen chirographarischer Forderungen.[1]

Der Pfandgläubiger darf das Pfand, in dessen Besitze er ist, trotz Tilgung der versicherten Forderung wegen anderer bloß chirographarischer Geldforderungen, die ihm gegen den Verpfänder zustehen, zurückhalten. Dies beruht auf einer Verordnung des Kaisers Gordian;[2] die Rückforderung des Pfandes seitens des Schuldners, der andere Verpflichtungen noch nicht erfüllt hatte, erschien als Dolus. Gleichwohl ist dieses Retentionsrecht singulärer Art, denn es setzt in der Regel Konnexität der Ansprüche voraus, d. h. eine wirtschaftliche Zusammengehörigkeit, welche entweder auf demselben Entstehungsgrund oder auf Beziehung zu demselben Objekt beruht. Derartiges liegt hier nicht vor.

Nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber hat dies Retentionsrecht keine Geltung. Ebensowenig gegenüber der Konkursmasse des Verpfänders.

III. Der Pfandverkauf.

§ 243. Geschichte des Pfandverkaufes und der lex commissoria.

Das Recht des Pfandverkaufs ist ein wesentlicher Bestandteil des ausgebildeten Pfandrechts, hierdurch unterscheidet es sich vom bloßen Retentionsrechte.

1. Das Verkaufsrecht war dem römischen pignus ursprünglich fremd. Der Gläubiger war vielmehr auf die Rückhaltung und etwaige Nutzung des Faustpfandes beschränkt. Später gliederte man ähnlich wie bei der fiducia[1] den Pfandverträgen eine besondere Konvention an, welche den Gläubiger zum Pfandverkaufe ermächtigte — das pactum de vendendo pignore.[2] Zur Zeit der späteren klassischen Juristen galt diese Ermächtigung ohne weiteres als in der Verpfändung inbegriffen,[3] ja man versagte sogar dem vertragsmäßigen Ausschlusse des Pfandverkaufs die gewollte Wirkung. Das Verbot des Verkaufs verpflichtete seitdem den Gläubiger nur zu dreimaliger Mahnung, ehe er zur Veräußerung schritt.[4 5]

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 § 92. Weiß a. a. O. S. 24 ff.

2) l. un. §§ 2 und 3 C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 26. Imp. Gordianus. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. jure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cujus nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint. Quod in secundo creditore locum non habet . . .

1) Vgl. das oben § 226 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia. Über altgriechisches Recht vgl. Rabel, die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders S. 9 ff.

2) Gaj. Inst. II 64, l. 74 D. de furtis 47, 2 von Javolenus.

3) Aus den nichtjustinianischen Quellen ergibt sich, daß man bis Justinian auch in solchem Falle 3 Mahnungen forderte. Pauli sent. II 5 § 1, römisch-syrisches Rechtsbuch, herausgegeben von Bruns und Sachau S. 28, 145, 272.

4) l. 4 D. de pign. act. 13, 7. Ulpianus libro 41 ad Sabinum: Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet,

2. Mit dieser Entwicklung ging eine Vertiefung der juristischen Auffassung Hand in Hand. Woher stammt, dies war die Grundfrage, das Recht des Pfandgläubigers, *Eigentum zu übertragen, obgleich er selbst nicht Eigentümer ist*? Kann doch niemand mehr Rechte verleihen, als er hat.[6] Hierauf wußte man ursprünglich nur zu antworten, daß der Gläubiger aus *Vollmacht* und mit dem Willen des Schuldners auf Grund des Vertrages über den Pfandverkauf veräußere.[7] Aber dies entsprach nicht den realen Verhältnissen. Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe auch gegen den Widerspruch des Schuldners, auch nach dessen Tode befugt. Und doch heben Widerruf und Tod des Vollmachtgebers die Vollmacht auf. Der Pfandgläubiger kann ferner noch verkaufen, wenn der Verpfänder das Eigentum der Pfandsache verloren hat. Er tut dies also nicht in dessen Namen.

Nach der richtigen Auffassung bildet die Befugnis zum Pfandverkaufe einen Bestandteil des dinglichen Pfandrechts. Der Gläubiger handelt daher beim Verkauf *aus eigenem Rechte* und im eigenen Interesse, nicht aus fremdem Rechte und in fremdem Interesse.[8]

3. Im älteren römischen Rechte war die Zufügung einer *lex commissoria* bei den Pfandverträgen häufig. Der Pfandverkauf erstrebte eine billige, die lex commissoria aber eine rasche und schneidige Lösung. Denn infolge der lex commissoria fällt das Eigentum der Pfandsache an den Gläubiger statt der Forderung, er hat also, wenn die Schuld fällig und nicht bezahlt ist, die Wahl: die Pfandsache statt der Forderung für sich in Anspruch zu nehmen, oder die versicherte Forderung beizutreiben und von der lex commissoria abzustehen.[9]

Konstantin verbot die lex commissoria und erklärte sie für nichtig.[10]

---

verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit. Vgl. im übrigen die bisherigen Auflagen.

5) Die Glosse fragt: sed haec denuntiatio num quid una vice fiat: solve, solve, solve? Resp. non, sed triduum inter quamlibet debet esse! Das römisch-syrische Rechtsbuch fordert „Mahnung zu drei Zeiten". Es muß eine den Umständen nach zu bemessende Frist zur Beschaffung von Zahlungsmitteln zwischen den Mahnungen liegen. Vgl. Bruns und Sachau S. 28, 272.

6) l. 54 D. de R. J. 50, 17.

7) Gaj. Inst. II § 64. Daher lehren auch viele Neuere, daß der Pfandgläubiger „procuratorio jure" verkaufe, vgl. die bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 110 Zitierten.

8) In diesem Sinne entscheidet Papinian in der l. 42 D. de pign. act. 13, 7 „in venditione . . . suum creditor negotium gerit". Ulpian findet, daß die Gläubiger, indem sie debitoris fundum vendunt, doch jus suum exsequuntur, l. 5 § 3 und l. 7 § 1 D. de rebus 27, 9, und Paulus spricht aus, daß der Pfandgläubiger jure suo das Pfand verkauft, l. 13 D. de distr. pign. 20, 5.

9) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 273 ff.

10) l. 3 C. de pactis pign. 8, 34. Constantinus ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. § 1. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt.

Damit ist aber nicht jeder Verkauf der Pfandsache an den Gläubiger im Falle der Nichtzahlung der versicherten Forderung ausgeschlossen.[11] Namentlich nicht ein Verkauf gegen den Schätzungswert.[12] Unzulässig sind nur Verkäufe, welche das Verbot der lex commissoria umgehen sollen.[13]

§ 244. Voraussetzungen und Vollziehung des Pfandverkaufes.[1]

Der Pfandgläubiger ist zum Privatverkaufe des Pfandes befugt, ohne das Gericht in Anspruch nehmen zu müssen. Er bestimmt die Art der Vornahme[2] und kann daher, wie mittels öffentlicher Versteigerung, so auch aus freier Hand veräußern.

Die Voraussetzungen sind teils materielle, teils formelle.

1. Materielle Voraussetzungen des Pfandverkaufes sind:

a) Fälligkeit der versicherten Forderung und ihre Nichttilgung. Der Verkauf ist zulässig, wenn auch nur einzelne Raten der Forderung fällig und im Rückstande sind.[3]

b) Mahnung des Gläubigers zur Zahlung, so daß der Schuldner in Verzug gerät.[4]

Nicht erforderlich ist Liquidität der versicherten Forderung, d. h. vorgängige Feststellung durch rechtskräftiges Urteil oder gerichtliches Geständnis. Auch gerichtliche Vollstreckbarkeit ist nicht notwendig. Der Gläubiger verkauft aber auf seine Gefahr. Denn wenn ihm das Veräußerungsrecht fehlte, weil z. B. die versicherte Forderung noch nicht fällig war, wird er ersatzpflichtig dem Eigentümer und Verpfänder der Sache, falls sie die Restitution derselben von ihm fordern, und seinem Käufer, falls dieser vom Eigentümer evinziert wird.

2. Formell ist zum Verkaufe vorgängige Anzeige an den Pfandschuldner erforderlich.[5] Justinian setzte in Ermangelung anderer Vereinbarung eine Wartefrist von 2 Jahren für den Pfandverkauf fest.[6]

---

11) l. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5.

12) l. 16 § 9 D. de pign. 20, 1.

13) BGB. § 1149, § 1229 verbietet ebenfalls die l. commissoria.

1) Platner im Archiv für ziv. Praxis Bd. 32 n. 4, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 108 ff., Hubert, du droit de vente du créancier hypothécaire, thèse, Toul. 1892.

2) Nach BGB. §§ 1235 ff. ist der Verkauf des beweglichen Pfandes zwar Privatverkauf, aber im Wege öffentlicher Versteigerung nach vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung von Ort und Zeit und unter der Bedingung sofortiger Barzahlung zu bewirken. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 §§ 270 ff. S. 754.

3) Über l. 8 § 3 D. de pign. act. 13, 7 siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S 120.

4) l. 18 C. de adm. tut. 5, 37. Auch das römisch-syrische Rechtsbuch, Bruns und Sachau S. 28 fordert Mahnung und Verzug des Schuldners. Vgl. Dernburg, Bd. 2 S. 122. Gegen das Erfordernis des Verzuges viele Neuere, u. a. Windscheid Bd. 1 § 237 Anm. 3. Dagegen auch BGB.

5) l. 4 C. de distr. pign. 8, 27. Diese Bekanntmachung ist mit der Mahnung zur Schuldzahlung nicht zu identifizieren. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 135. Nach BGBr § 1234 muß der Mobiliarpfandgläubiger dem Eigentümer den Verkauf vorher androhen und dabei den Geldbetrag bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats nach der Androhung erfolgen.

6) l. 3 § 1 C. de jure dominii impetrando 8, 33. Vgl. die bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 143 Anm. 8, S. 144 Anm. 9 Zitierten.

Den Zeitpunkt des Verkaufs bestimmt der Gläubiger;[7] ihn trifft keine Verantwortung, wenn er günstige Konjunkturen zum Verkaufe ungenutzt ließ, denn es besteht dem Verpfänder gegenüber keine Verpflichtung zum Verkaufe.[8] Auch unter ungünstigen Verhältnissen darf der Gläubiger veräußern. Dies ist sein Recht.

Der Gläubiger, welchem mehrere Pfänder für dieselbe Forderung haften, bestimmt frei darüber, ob er alle zusammen oder vorerst eines oder das andere zum Verkaufe bringt.[9]

3. Der Gläubiger muß bona fide verkaufen.[10] Er hat einen möglichst günstigen Preis zu erzielen — natürlich aber nicht auf Kosten der Sicherheit.[11]

Pflichtwidriger Verkauf ist, vorausgesetzt, daß die notwendigen Formen gewahrt sind,[12] keineswegs nichtig, da der Gläubiger die Veräußerung gültig auf Grund seines dinglichen Rechts vornahm. Dem geschädigten Pfandschuldner stehen nur persönliche Ansprüche auf Schadensersatz zu, und zwar zunächst gegen den Pfandgläubiger die actio pigneraticia directa, und subsidiär gegen den Käufer des Pfandes, welcher am Betruge des Verkäufers teilnahm, die actio doli.[13]

4. Nicht kaufen kann das Pfand vom Gläubiger dessen Eigentümer. Denn Kauf der eigenen Sache ist nichtig.[14]

Ebensowenig kann der Pfandgläubiger das Pfand von sich selbst erstehen. Auch Kauf durch eine vorgeschobene Person, die für ihn handelt, ist ungültig.[15]

---

7) Vgl. das oben § 226 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia, wonach der Gläubiger verkaufen darf „ubi et quo die vellet".

8) l. 6 pr. D. de pign. act. 13, 7.

9) l. 8 D. de distr. pign. 20, 5. Vgl. das oben § 226 Anm. 2 abgedruckte Formular der fiducia. BGB. § 1230 bestimmt für das Mobiliarpfand: Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen. Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind.

10) l. 4 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. l. 10 D. de in diem addict. 18, 2.

11) Vgl. l. 10 D. de in diem addict. 18, 2.

12) l. 7 C. de distr. pign. 8, 27.

13) l. 4, 5 C. si vendito pignore agatur 8, 29.

14) l. 39 pr. D. de contr. empt. 18, 1. l. 40 pr. § 1 D. de pign. act. 13, 7, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 161. Die Nichtigkeit des Kaufes der eigenen Sache hindert natürlich den Verpfänder nicht, dem Gläubiger das Pfandrecht abzukaufen oder, genau gesprochen, eine Abfindungssumme für den Verzicht auf das Pfandrecht zu gewähren. Aber die Rechte nachstehender Pfandgläubiger werden durch ein solches Geschäft nicht aufgehoben. Nach BGB. § 1239 können der Pfandgläubiger und der Eigentümer bei der Versteigerung verpfändeter beweglicher Sachen mitbieten. Gleiches gilt für die Immobiliarpfandrechte.

15) l. 10 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. Pauli sent. II 13 § 4. Ist der Gläubiger befugt, eine für ihn gepfändete Sache, welche nach ZPO. §§ 820 und 821 vom Gerichtsvollzieher aus freier Hand verkauft werden darf, zu kaufen? Dafür zwar die Motive. Für richtig ist das aber nicht zu erachten. Auch würden dann unkontrollierbare Mißbräuche möglich sein. Ebensowenig sind der Bürge des Pfandschuldners, sowie der Nachhypothekar imstande, das Pfand für sich vom ersten Gläubiger zu erwerben. l. 2 D. de distr. pign. 20, 5, l. 5 § 1, l. 6 D. eod., l. 59 § 1 D. mandati 17, 1.

Führt aber der Versuch des Pfandverkaufes zu keinem Ergebnis und bleibt eine nochmalige Mahnung an den Schuldner ohne Erfolg, so kann der Gläubiger Zuschlag der Sache nach ihrem Taxwerte vom Regenten fordern — dominii impetratio.[16] Auch nach dem Zuschlage behält der Schuldner das Auslösungsrecht gegen Kapital, Zinsen und Schadensvergütung noch während 2 Jahren.

§ 245. Die Wirkungen des Pfandverkaufes.[1]

Der Pfandverkauf begründet neue Rechtsverhältnisse und hat die Auflösung der alten im Gefolge.

1. Das gewöhnliche Kaufgeschäft verpflichtet den Verkäufer zur Übergabe der Pfandsache und Gewährleistung, den Käufer zur Preiszahlung. Der Pfandverkauf hat entsprechende Folgen:

a) dem Pfandgläubiger liegt die Übergabe der Pfandsache an den Käufer ob.[2]

Wegen Entwährung der verkauften Sache durch Dritte steht er aber dem Käufer nur in beschränktem Maße ein;[3] die volle Haftung ist ihm nicht zuzumuten, da er eine fremde Sache verkaufte, und zwar aus Notwendigkeit. Nur dafür hat er Gewähr zu leisten, daß ihm die Sache an erster Stelle verpfändet war.[4] Außerdem haftet er in Fällen des Dolus, namentlich wenn er wußte, daß die verkaufte Sache dem Verpfänder nicht gehörte,[5] ferner infolge der Übernahme besonderer Garantie gegen Entwährung, und endlich wenn er beim Verkaufe seine Eigenschaft als Pfandgläubiger nicht zu erkennen gab.[6]

b) Der Käufer des Pfandes ist dem Verkäufer zur Zahlung des versprochenen Kaufpreises verbunden. Wenn ihm die verkaufte Sache entwährt wird, kann er den gezahlten Preis nicht vom Verkäufer zurückfordern.[7]

---

16) l. 3 C. de jure dominii impetrando 8, 33, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 240. In Deutschland trat an die Stelle des Regenten das Gericht.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 169.

2) Ist der Pfandgläubiger nicht im Besitze, so steht ihm gleichwohl das Verkaufsrecht zu, und er haftet dann dem Käufer, welcher in Kenntnis dieses Umstandes den Kauf abschloß, bloß für Abtretung seiner Klagerechte. So erklärt sich die l. 13 D. de distr. pign. 20, 5, Paulus libro 1 decretorum: Creditor, qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem. Nach dem Recht des BGB. gilt dies nicht, vgl. §§ 1231, 1232.

3) Vgl. Moreau, Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache 1878.

4) l. 1 C. creditorem evictionem non debere 8, 45. Alexander. Cum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem jure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit. § 1 Si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emptori non justa fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendat, potiorem se ceteris esse creditoribus. Vgl. weiter l. 10 D. de distr. pign. 20, 5, l. 11 § 16 D. d. act. empt. vend. 19, 1.

5) l. 2 C. creditorem evictionem non debere 8, 45.

6) BGB. § 1242 Abs. 1 bestimmt dagegen: Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte. Vgl. hierzu Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 272 S. 759.

c) Es entsteht die Frage, ob der Käufer im Falle der Entwährung wenigstens einen Anspruch gegen den Schuldner hat, welcher durch die Zahlung des Kaufpreises an seinen Gläubiger befreit ist? Ein Vertragsanspruch gegen den Schuldner steht dem Käufer nicht zu, denn mit dem Schuldner hat er nicht kontrahiert. Aber dieser ist auf seine Kosten bereichert; um deswillen kann er im Falle der Entwährung vom Schuldner Erstattung des gezahlten Preises fordern.[8]

2. Zweck und regelmäßige Folge des Pfandverkaufs ist Tilgung der versicherten Forderung. Aufzurechnen sind die vereinnahmten Kaufgelder, ferner was durch Schuld des Gläubigers, namentlich durch nachlässige Beitreibung am Kaufpreise verloren ging.[9]

Der Betrag des Kaufpreises, welcher die versicherte Forderung übersteigt — die hyperocha —, ist dem Verpfänder herauszugeben,[10] und zwar mit Zinsen, wenn der Gläubiger die überschüssige Summe zu eigenen Zwecken verwendete, oder in Verzug geriet.[11] Soweit der Pfanderlös zur Befriedigung der versicherten Forderung nicht ausreicht, bleibt sie bestehen.[12]

Das Pfandrecht des verkaufenden Gläubigers erlischt mit der Übereignung der Pfandsache an den Käufer.[13] Auch nachstehende Pfandgläubiger können

---

7) l. 11 § 16 D. de act. empt. vend. 19, 1. Vgl. auch l. 68 D. de evict. 21, 2.

8) Den römischen Juristen machte die Klage gegen den Schuldner große Schwierigkeiten. Sie schlugen verschiedene Wege ein. Ulpianus libro 2 disputationum l. 38 D. de evict. 21, 2 ersann folgenden Modus: In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem. et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est? Dies ist gekünstelt. Der Gläubiger selbst hat die actio pigneraticia nicht mehr; denn er ist durch den Pfandverkauf befriedigt. Gleichwohl soll diese in seiner Hand leere Klage dem Käufer nach der Zession dienen! Anders l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5 von Tryphonin in seinen Disputationen. Der Jurist erörtert hier die Frage, ob der Gläubiger, dem sein Schuldner eine fremde Sache verpfändete, den infolge Pfandverkaufes erlösten Preis auf die versicherte Forderung aufzurechnen habe, dabei ist die Bemerkung eingeschoben: sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat. Die hier gedachte Klage ist die actio negot. gestorum contraria. Nur sie paßt auf beide Fälle, von denen die Stelle handelt. Doch ist die Begründung beider Fälle verschieden. Der Eigentümer stützt seine Klage auf seinen Verzicht hinsichtlich der Vindikation seiner Sache, der Käufer auf die Zahlung des Kaufpreises, welche dem Schuldner zugute kam. Anderer Ansicht ist Windscheid, zwei Fragen aus der Lehre der Bereicherung 1878 S. 8. Vgl. aber Moreau a. a. O. S. 17. Endlich gibt Hermogenian in der l. 74 § 1 D. de evict. 21, 2 dem Käufer im Falle des Verkaufes eines pignus ex causa judicati geradezu eine actio ex empto utilis gegen den befreiten Schuldner auf Rückerstattung des Kaufpreises mit Zinsen. Siehe das Nähere bei Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 191.

9) l. 9 pr. D. de distr. pign. 20, 5; vgl. auch l. 26 D. de solut. 46, 3. Kretschmar, secum pensare S. 100.

10) l. 42 D. de pign. act. 13, 7, vgl. Dernburg a. a. O. S. 217, l. 24 § 2 D. eod., l. 20 C. de distr. pign. 8, 27.

11) l. 6 § 1, l. 7 D. de pign. act. 13, 7.

12) l. 10 C. de obl. et act. 4, 10.

13) Pauli sent. II 13 § 4. l. 15 C. de distr. pign. 8, 27.

nach dem Verkaufe durch den ersten Pfandgläubiger ihr Pfandrecht nicht mehr geltend machen.[14]

IV. Die Klagen des Pfandgläubigers.

§ 246. Die hypothekarische Klage.

Die Klage zur Geltendmachung des Pfandrechts heißt nach ihrem Schöpfer actio Serviana und quasi Serviana, nach ihrem Inhalte hypothecaria oder in rem pigneraticia.[1] Sie bezweckte in Rom in allen Fällen Herausgabe des Besitzes der Pfandsache, mochte ein Faustpfandgläubiger den verlorenen Besitz oder ein Hypothekar Besitz, den er noch nicht erlangt hatte, einklagen. Hiernach bestimmen sich die Einzelheiten der Klage.

1. Klageberechtigt ist der nichtbesitzende Pfandgläubiger, Beklagter, wer die Fähigkeit hat, die Pfandsache herauszugeben, also der juristische Besitzer, wie auch der bloße Detentor[2] nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Eigentumsklage.[3] Hierbei kommt nicht in Betracht, ob der Beklagte persönlicher Schuldner ist oder nicht. Beklagte, welche dem Gläubiger nicht persönlich zur Schuldzahlung verbunden sind, vielmehr nur dinglich der Pfandklage unterliegen, pflegt man dritte Besitzer zu nennen.

Auch Nichtbesitzer können wegen Dolus mit der Pfandklage in den Fällen der sog. ficta possessio belangt werden, entsprechend den Grundsätzen der Eigentumsklage.[4]

2. Bezüglich des Zeitpunktes der Pfandklage ist zwischen dem Faustpfandgläubiger und dem Hypothekar zur unterscheiden. Der Faustpfandgläubiger ist befugt, auch vor Fälligkeit der versicherten Forderung auf Rückgabe der Pfandsache zu klagen, wenn er deren Besitz verloren hat; dem Hypothekar steht die Klage in der Regel erst offen, wenn die versicherte Forderung fällig und nicht bezahlt ist; vorher kann er nur klagen, wenn seine Interessen gefährdet sind.[5]

3. Der Kläger hat sein Pfandrecht und den Besitz des Beklagten zu

---

14) l. 3 pr. D. de distr. pign. 20, 5, l. 6 C. qui potiores 8, 17, l. 7 C. de obl. et act. 4, 10. Dernburg a. a. O. S. 228 BGB. § 1242 Abs. 2 besagt: Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt sind. Das gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 126 ff. Vgl. über die Entwicklung der hypothekarischen Klage oben § 226.

2) l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aeque absolvendus est. Der letzte Satz erklärt sich daraus, daß die Klage eine arbitraria war. Vgl. oben S. 238 und 384.

3) Vgl. oben § 188 Ziff. 3.

4) Siehe die l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1, abgedruckt oben Anm. 2.

5) l. 14 pr. D. de pign. 20, 1. Über Pfandbestellung für bedingte Forderungen und bedingte Pfandbestellungen für unbedingte Forderungen siehe l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 296, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 3.

beweisen. Die Existenz des Pfandrechts wird durch Pfandkontrakt oder einen anderen Entstehungsgrund, sowie Eigentum des Verpfänders im Augenblicke der Verpfändung dargetan.[6] Im Falle der Einklagung einer Hypothek ist auch Fälligkeit der versicherten Forderung zu beweisen.[7]

4. Zweck der Klage ist Anerkennung des Pfandrechts und Herausgabe des Besitzes der Pfandsache.[8] Auch die nach der Klageerhebung gewonnenen und gewinnbaren Früchte, sowie die zur Zeit der Klageerhebung beim Beklagten vorhandenen Früchte sind herauszugeben — sofern die Pfandsache nicht zur Befriedigung des Gläubigers ausreicht.[9]

5. Verteidigungsmittel des Beklagten sind:

a) Tilgung der Forderung des Klägers. Hiermit erlischt dessen Pfandrecht, so daß die Pfandklage ihre Grundlage verliert und zurückzuweisen ist.[10] Dies ist Rechtskonsequenz, keine besondere Rechtswohltat. Daher kann selbst ein bösgläubiger Besitzer der Pfandsache durch Angebot der Zahlung und, wenn diese nicht angenommen wird, durch Deposition der Schuldsumme die Pfandklage vereiteln.[11]

b) Gutgläubige dritte Besitzer der Pfandsache haben das sog. beneficium cedendarum actionum, d. h. sie können gegen Befriedigung des Pfandgläubigers Zession seiner Klagen verlangen. Verweigert der Gläubiger die Zession, so wird er mit der Pfandklage zurückgewiesen.[12]

c) Dritte Besitzer des Pfandobjekts haben ein Retentionsrecht wegen Verwendungen auf die Sache, und zwar wegen notwendiger schlechthin, wegen nützlicher nur, wenn sie in gutem Glauben besaßen.[13]

---

6) l. 23 D. de probat. 22, 3, l. 15 § 1 D. de pign. 20, 1.

7) Vgl. l. 10 C. de act. pign. 4, 24. Dies nur unvorgreiflich der in Anm. 5 behandelten Klage.

8) Kommt es wegen Nichtherausgabe der Pfandsache zur Verurteilung des Beklagten in Geld, so ist der Schuldner und der dritte Besitzer zu unterscheiden. Der Schuldner wird nur auf die Summe der versicherten Schuld verurteilt, der dritte Besitzer auf den Betrag des Wertes der Pfandsache. Das Mehr über die versicherte Forderung hinaus hat dann der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner zu restituieren, l. 21 § 3 D. de pign. 20, 1, vgl. übrigens auch l. 16 § 6 D. eod. und hierüber Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 316, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 8.

9) l. 16 § 4 D. de pign. 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extent et res non sufficit. Über die Pflicht zur Restitution der Früchte bei Gelegenheit der Pfandklage vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 319 und dort Angeführte, Petrażycki, Fruchtverteilung S. 184.

10) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 307, l. 16 § 3 D. de pign. 20, 1, abgedruckt oben Anm. 2

11) l. 12 § 1 D. quib. mod. pign. 20, 6.

12) l. 19 D. qui potiores 20, 4. Scaevola libro 5 responsorum: Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit: quaero, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere. respondi posse videri non injustum postulare. Vgl. über diese Entscheidung Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 364, siehe auch Knorr im Archiv für ziv. Praxis Bd. 28 S. 167 ff. und BGB. § 1225.

13) Daß der gutgläubige dritte Besitzer Retentionsrechte gegen den Pfandgläubiger

d) Häufig geschah es in Rom, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Spezialpfand gab und außerdem sein ganzes Vermögen verpfändete. Dann konnte der Gläubiger darauf verwiesen werden, zuvörderst seine Befriedigung aus dem Spezialpfande zu suchen, ehe er die generell verpfändeten Objekte fordert. Dies Recht nennt man beneficium excussionis realis.[14]

e) Eine extreme Konsequenz des akzessorischen Charakters des Pfandrechts liegt in dem beneficium excussionis personalis, welches Justinian schuf. Hiernach kann jeder dritte Besitzer der Pfandsache verlangen, daß der Gläubiger zunächst die persönlichen Schuldner — Hauptschuldner und Bürgen — durchexequiere, ehe er die Pfandklage anstellt. Pfänder in dritter Hand sollen also nur in dem Falle in Anspruch genommen werden, wenn von den persönlichen Schuldnern nichts zu erhalten ist.[15]

Der Pfandgläubiger hat außer der hypothekarischen Klage die meisten dinglichen und persönlichen Rechtsmittel, welche dem Eigentümer zustehen, insbesondere konfessorische und negatorische Klagen, die actio finium regundorum, ferner Deliktsklagen im Falle einer Beschädigung der Pfandsache. Hierüber ist bei der Behandlung dieser Klage das Nötige zu bemerken.

§ 247. Klagen des anscheinenden Pfandgläubigers.[1]

Wer anscheinend — prima facie — Pfandgläubiger war, konnte unter Umständen gerichtlich den Besitz der angeblichen Pfandsache erlangen, obwohl er sein Pfandrecht noch nicht vollständig bewiesen hatte.

Die Verpächter hatten in Rom das interdictum Salvianum, mittels dessen sie den Besitz der in das Pachtgut eingebrachten und für den Pachtzins verpfändeten Objekte erlangen konnten.[2] Das einzelne ist dunkel.[3]

---

wegen nützlicher Verwendungen hat, bezeugt l. 29 § 2 D. de pign. 20, 1. Wie es aber mit dem Retentionsrechte wegen notwendiger Auslagen steht, ist sehr bestritten auf Grund von l. 44 § 1 D. de damno infecto 39, 2. — Der persönliche Schuldner hat nie Retentionsrechte wegen seiner Verwendungen auf die Pfandsache. Er mag seine Schuld zahlen und damit das Pfand auslösen.

14) l. 2 C. de pignoribus 8, 13, l. 9 C. de distr. pign. 8, 27, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 370, Windscheid Bd. 1 § 235 Anm. 24 und 25.

15) nov. 4 cap. 2. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 376. Im gemeinen Recht wurde die römische Pfandklage wesentlich modifiziert. Nur der Mobiliarpfandgläubiger klagte in römischer Weise auf Herausgabe des Besitzes, wenn ihm dieser entfremdet war, dagegen hatte der Hypothekar nicht das Recht, den Besitz des verpfändeten Grundstückes zu fordern. Seine Klage ging vielmehr in der Regel auf Anerkennung der Vollstreckbarkeit seiner Forderung in das Grundstück, sei es durch Zwangsverwaltung — Sequestration —, sei es durch Zwangsversteigerung — notwendige Subhastation. Das BGB. hat sich dem angeschlossen; § 1227 verweist hinsichtlich des Pfandrechts an beweglichen Sachen auf die Analogie der Eigentumsansprüche. Dagegen bestimmt er über das Grundstückspfand: Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung, — d. h. durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 269 S. 754.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 324.

2) § 3 J. de interdictis 4, 15. Gaj. Inst. IV. § 147.

3) Vgl. neuerdings Lenel in der Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 3 S. 180 ff. und edictum Aufl. 2 S. 470; Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 § 149 S. 1278.

Zweifelhaft ist, ob das Interdikt bloß gegen den Pächter oder auch gegen Dritte ging;[4] [5] ferner streitet man darüber, ob es auf den Fall der Verpachtung beschränkt blieb, oder jedem Pfandgläubiger entsprechend zugute kam.[6]

§ 248. Die persönlichen Verpflichtungen aus dem Pfandkontrakte.[1]

Aus dem Pfandkontrakte entspringen gegenseitige persönliche Verpflichtungen des Empfängers des Pfandes und des Verpfänders. Zu ihrer Geltendmachung steht dem Verpfänder gegen den Pfandgläubiger die actio pigneraticia directa in personam, dem Pfandgläubiger gegen den Verpfänder die actio pigneraticia contraria zu.

Diese Klagen setzten ursprünglich ein Faustpfand voraus, weshalb die Römer sie den Realkontrakten zuwiesen.[2] Gleichwohl kamen sie auch in Fällen der Hypothek zur Anwendung, soweit ein Bedürfnis nach ihnen vorlag.[3]

---

4) In der l. 1 C. de precario et de Salviano interdicto 8, 9 scheint Gordian das interdictum Salvianum gegen dritte Besitzer zu verweigern — id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit —, dagegen wird es in den Pandektenstellen l. 1 und l. 2 D. de Salviano interdicto 43, 33 nicht bloß gegen den Pächter, sondern auch gegen dritte Besitzer gewährt. Auch Theophilus zu Inst. IV 15 § 3 gesteht es ausdrücklich gegen jeden Inhaber zu. Für das justinianische Recht ist daher die Zuständigkeit gegen dritte Besitzer anzunehmen. Das ursprüngliche und klassische Recht bleibt ungewiß. Lenel a. a. O. nimmt an, daß das Interdikt in klassischer Zeit nur gegen den Pächter ging, wie Gordian bezeuge, und daß erst im corpus juris Justinians das Rechtsmittel Ausdehnung auf dritte Besitzer erlangte, wobei l. 1 C. de precario aus Versehen stehen geblieben sei. Die l. 1 und l 2 D. h. t. fielen dagegen nicht in das Gewicht, sie hätten ursprünglich Bezug auf die a. Serviana gehabt und seien erst infolge von Interpolationen der Kompilatoren dem interdictum Salvianum zugeschrieben worden. Lenel stützt sich namentlich darauf, daß die l. 1 § 1 D. h. t. eine Äußerung von Julian enthält, die, wie l. 10 D. de pign. 20, 1 von Ulpian ergibt, sich im Sinne ihres Autors auf die actio Serviana bezog. Es ist dies möglich; ein sicheres Resultat läßt sich aber aus dem Inhalt der Quellen kaum gewinnen.

5) Das interdictum Salvianum forderte nicht den Nachweis, daß die Pfandsache tempore conventionis in bonis debitoris war. Auf das interdictum Salvianum bezieht Lenel, edictum Aufl. 2 S. 472 die l. 21 § 1 D. de pign. 20, 1.

6) Für die Ausdehnung auf andere Fälle führt man an l. 1 C. h. t. 8, 9, Pauli sent. V. 6 § 16. Seit dem Mittelalter gab man das Rechtsmittel jedem Gläubiger, welcher ein Pfandrecht prima facie dartat. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 349. Überdies enthielten die Verpfändungsurkunden häufig Vertragsklauseln, wonach sich der Gläubiger eigenmächtig in den Besitz der verpfändeten Sache im Falle der Nichtzahlung der versicherten Forderung setzen durfte — „pacta de ingrediendo". Hierbei stützte man sich vorzugsweise auf l. 3 C. de pign. 8, 13. Severus et Antoninus: Creditores, qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent. Vgl. auch Deputationsabschied von Speyer von 1600 §§ 31 ff. Näheres Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 329. Solche Klauseln kommen auch heutzutage vor. RG. in Strafs. Bd. 7 S. 63. Der Gläubiger darf hiernach eigenmächtig den Besitz der Sache an sich nehmen, aber persönliche Gewalt gegen den Schuldner ist ihm zu diesem Zwecke nicht gestattet und macht ihn strafbar. Die Einholung gerichtlicher Hilfe ist daher ratsam. Letztere besteht in einstweiliger gerichtlicher Verfügung. ZPO. § 940. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 349 und dort Zitierte.

1) Tit. Dig. de pigneraticia actione vel contra 13, 7, Cod. 4, 24. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 16 ff. Stölzel im Archiv für ziv. Praxis Bd. 45 n. 11.

2) l. 1 § 6 D. de obl. et act. 44, 7, § 4 J. quibus modis re contrahitur obligatio 3, 14.

Die actiones pigneraticiae setzten einen Verpfändungsakt,[4] nicht aber die Entstehung eines rechtsgültigen Pfandrechts voraus.[5] Insbesondere konnte der Verpfänder die Rückgabe der zum Pfande gegebenen Sache, auch wenn sie eine fremde war, nach Tilgung seiner Schuld verlangen, und der Pfandnehmer hatte die actio contraria, wenn die Pfandsache dem Verpfänder nicht gehörte, und die Verpfändung sich demnach als eine trügerische erwies.

1. Die Hauptverpflichtung liegt auf dem Empfänger des Pfandes. Er hat die Rückgewähr der Pfandsache und ihres Zubehöres nach Tilgung der versicherten Forderung oder sonstiger Erledigung der Pfandhaftung zu leisten.[6] Ferner hat er, was er über den Betrag der versicherten Forderung hinaus infolge des Pfandverhältnisses als Gläubiger einnahm, dem Verpfänder zu erstatten. Namentlich liegt ihm ob, die hyperocha im Falle des Pfandverkaufs herauszugeben.[7]

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder Rechnung zu legen und steht ihm für jede Schuld ein, sowohl bezüglich der Behandlung als auch der Verwertung der Sache.[8] [9]

---

3) l. 7 D. de distr. pign. 20, 5, l. 4, l. 7 C. h. t. 4, 24. Vgl. auch Windscheid Bd. 2 § 381 Anm. 4, Brinz Bd. 2 S. 614 Anm. 2.

4) Die Klage wurde auch in Fällen des richterlichen und gesetzlichen Pfandrechts zugestanden. l. 11 § 5 D. h. t. 13, 7, l. 34 D. de damno infecto 39, 2, § 21 D. ut in poss. leg. 36, 4. Sie ist notwendiger Begleiter der Verpfändung geworden, ihr unentbehrlicher Regulator.

5) l. 9 pr. § 4, l. 11 § 2, l. 22 pr. § 2, l. 32 D. h. t. 13, 7. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 138. Geib, die Person des pigneratizisch Berechtigten und Verpflichteten 1884, Zeitschr. der Sav.Stiftg., rom. Abt. Bd. 8 S. 151.

6) Die Klageformel der actio pigneraticia forderte, daß „pecunia soluta" oder „eo nomine satisfactum" sei, oder daß durch den Beklagten „stetisse, quominus solveretur", l. 9 §§ 3 ff., l. 11 D. h. t. 13, 7, l. 11 C. h. t. 4, 24, l. 20 § 2 D. h. t., l. 3 C. de distr. pign. 8, 27, l. 12 C. h. t. 4, 24. Natürlich ist die Klage aber auch begründet, wenn das Pfandrecht erlischt, während die Forderung fortbesteht, z. B. durch Verzicht. Ferner steht dem Verpfänder die actio pigneraticia auch zu, wenn die Bedingung der Pfandbestellung ausfiel, l. 11 § 2 D. h. t. 13, 7, wenn die Forderung, die versichert werden sollte, nichtig, wenn die Pfandbestellung sonst ungültig ist, l. 25 D. de pign. 20, 1, kurz in allen Fällen, in welchen die Sache, wie sich später herausstellt, dem Pfandzweck nicht oder nicht mehr dient. Ebenso BGB. § 1223 beim Mobiliarpfandrecht. Das Retentionsrecht hat der Pfandnehmer, a) wenn der Verpfänder eine ihm nicht gehörende Sache verpfändete, bis zur Tilgung der versicherten Forderung, l. 9 § 4 D. h. t. 13, 7, vgl. Brinz Bd. 2 S. 618 Anm. 22, und b) wegen chirographarischer Forderungen nach dem Reskripte Gordians, vgl. oben § 242.

7) l. 6 § 1, l. 22 § 2 D. h. t. 13, 7, l. 1 C. h. t. 4, 24. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 143. Der Pfandgläubiger behält, was ihm zwar aus Veranlassung der Verpfändung, aber nicht in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger zukam. Vgl. über den Schatzfund l. 63 § 4 D. de a. r. d. 41, 1. Tryphoninus libro 7 disputationum: Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse: partem itaque sibi, partem debitori praestabit, nec recepta pecunia restituet, quod jure inventoris, non creditoris ex thesauro apud eum remansit.

8) l. 13 § 1, l. 14 D. h. t. 13, 7, „quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". Vgl. aber auch l. 18 pr. D. commodati 13, 6. Hierüber siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 151. Über l. 43 D. h. t. siehe dort S. 152. Vgl. noch BGB. §§ 1217, 1218, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 268 S. 749.

9) Zufälliger Untergang der Pfandsache ist Schaden des Verpfänders. Der Pfand-

2. Der Verpfänder übernimmt Gegenverpflichtungen. Er ist namentlich wegen Verschuldung verantwortlich.[10]

Er haftet daher dem Gläubiger, wenn er diesem eine fremde Sache als seine eigene verpfändete, wenn er der Pfandsache Eigenschaften zuschrieb, die ihr fehlten, z. B. sie für eine goldene ausgab, während sie nur vergoldet war, oder wenn er den Gläubiger sonst betrog, z. B. einen Schmuck, den er zu verpfänden versprach, bei der Verpfändung mit einem anderen aus schlechterem Metall vertauschte.[11] In derartigen Fällen kann der Gläubiger mit der actio pigneraticia contraria nach seiner Wahl Zahlung seiner Forderung oder ein besseres Pfand verlangen.[12] Er kann auch Ersatz anderen Schadens beanspruchen, den ihm die Schuld des Verpfänders verursachte, z. B. wenn dieser ein mit ansteckender Krankheit behaftetes Pferd versetzte, welches den Viehstand des Gläubigers zugrunde richtete.[13]

Der Gläubiger hat ferner wegen notwendiger oder unter Zustimmung des Verpfänders gemachter Auslagen Anspruch auf Ersatz seitens des Verpfänders.[14] Der Verpfänder ist endlich verpflichtet, den Gläubiger, dem er ein Faustpfand einhändigte, bis zur Schuldtilgung im Pfandbesitze zu belassen.[15]

Viertes Kapitel.

Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger.[1]

I. Die Rangordnung.

§ 249. Die normale Rangordnung der Pfandrechte.

An derselben Sache können mehrere Pfandrechte begründet werden.

Unter ihnen besteht eine gewisse Ordnung und Folge. Dieselbe beruht teils auf den allgemeinen Rechtsgrundsätzen — normale Rangordnung —, teils auf singulären, der Utilität entspringenden Satzungen — privilegierte Pfandrechte.

---

gläubiger ist befugt, die versicherte Forderung trotz des Verlustes der Pfandsache beizutreiben, l. 5, l. 9 C. h. t. 4, 24. Natürlich hat der Pfandgläubiger aber für zufälligen Untergang oder Verschlechterung der Pfandsache zu haften, wenn dies vereinbart ist, oder wenn ihm ein furtum zur Last liegt. Vgl. oben § 241.

10) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 161. Über l. 62 § 5 (alias l. 61) D. de furtis 47, 2 siehe ebendaselbst S. 162.

11) l. 1 § 2, l. 9 D. h. t. 13, 7.

12) l. 31 D. h. t. 13, 7, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 168.

13) l. 16 § 1 D. h. t. 13, 7.

14) l. 8 pr., l. 25 D. h. t. 13, 7. Petražycki, Einkommen Bd. 1 S. 308. Nach BGB. § 1216 haftet der Verpfänder einer beweglichen Sache wegen Verwendungen des Pfandgläubigers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

15) l. 22 § 3 D. h. t. 13, 7.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 405.

Der Verpfändung derselben Sache an mehrere kann denkbarerweise von verschiedenen Autoren herrühren, zwischen denen keine rechtliche Verbindung besteht, z. B. von dem Eigentümer und einem publizianischen Besitzer. Dann hat derjenige Pfandgläubiger, dessen Autor das bessere Recht hat, ohne Rücksicht auf das Alter des Pfandrechts den Vorzug. Hatte keiner der Autoren ein stärkeres Recht als der andere, so entscheidet der Pfandbesitz.[2]

In der Regel rühren die mehreren Pfandrechte von demselben Autor oder dessen Sukzessoren her. Hiervon ist im folgenden allein die Rede.

Die mehreren Pfandrechte können gleichzeitig an der ganzen Sache begründet sein. Diesem Falle steht gleich, wenn die Pfandrechte zwar zu verschiedenen Zeiten bestellt sind, ihr Alter aber nicht mehr zu ermitteln ist.[3] Es geht dann der Besitzer vor.[4] Ist keiner der Pfandgläubiger im Besitz, so hat Teilung einzutreten. Die Größe der Teile bestimmt sich in der Regel nach der Höhe der Forderungen im Augenblicke der Bestellung. Sonst entscheidet das Alter des Pfandrechts — prior tempore, potior jure.[5]

Seit Kaiser Leo hat das in einer publice oder quasi publice aufgenommenen Urkunde bewilligte Pfandrecht den Vorzug vor bloß privatschriftlich bestellten Pfandrechten.[6]

§ 250. Privilegierte Pfandrechte.

Zahlreiche Pfandrechte erhielten in Rom aus praktischen Rücksichten Privilegien, vermöge deren sie trotz jüngeren Datums älteren Pfandrechten vorgingen. Diese Privilegien wurden zwar rezipiert, waren aber bereits nach gemeinem Recht von sehr verminderter Bedeutung.

1. Den ersten Rang hat die Generalhypothek des Fiskus wegen Steuern am Vermögen des Steuerpflichtigen.[1]

---

2) l. 14 D. qui potiores 20, 4. Löhr im Archiv für ziv. Praxis Bd. 6 S. 154, Bd. 14 S. 161 ff.

3) So ist es namentlich, wenn sie von demselben Tage datieren und auch die Priorität der Bestellung innerhalb desselben Tages nicht mehr zu ermitteln ist; vgl. l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1. Ist dagegen für die beiden konkurrierenden Pfandrechte eine verschiedene Stundenzeit zu ermitteln, so entscheidet die Stunde, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 410.

4) l. 10, l. 16 § 8 D. de pign. 20, 1.

5) l. 3 C. qui potiores 8, 17. Antoninus. Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior jure. l. 2 C. eod. Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte 1859. Einzelne Fragen der Priorität wurden oben § 76 Anm. 8, § 230 Anm. 7, § 225 Ziff. 2a, § 234 Ziff. 3, § 237 Anm. 8 besprochen.

6) l. 11 C. qui potiores 8, 17, vgl. oben § 227. Das BGB. läßt für den Rang der Hypothek die Reihenfolge der Eintragungen im Grundbuche, für den Rang des Mobiliarpfandrechts die Zeit der Bestellung, d. h. regelmäßig die Zeit der Übergabe, entscheiden. BGB. §§ 879, 1029. Dies entspricht den früheren Bestimmungen der meisten Partikularrechte.

1) l. 1 C. si propter publicas pensitationes 4, 46. Über die l. 28 D. de jure

2. Ein Pfandprivileg begründet ferner die versio in rem, wenn durch ein jüngeres Pfandgeschäft ein älteres Pfandrecht erhalten,[2] zur Existenz gebracht[3] oder seinem Werte nach vergrößert wurde.[4] Dies Privileg setzt voraus:

a) Daß die Forderung behufs der Verwendung entstand. Es genügt nicht, daß die aus dem späteren Pfandgeschäfte herrührenden Mittel infolge freien Entschlusses des Schuldners zur Erhaltung, zum Erwerbe oder zur Verbesserung einer früher verpfändeten Sache verwendet wurden.

b) Die Absicht der Verwendung beim späteren Pfandgeschäfte genügt nicht. Die Verwendung muß wirklich erfolgt sein.

c) Das Pfandrecht, welches ein Privileg erwerben soll, muß unmittelbar mit der Kreditierung entstanden sein. Es reicht nicht aus, daß ein Pfandrecht begründet wurde, nachdem der Schuldner die Mittel zur Verwendung bereits besaß, oder nachdem sie ihm fest zugesagt waren. Denn in solchen Fällen wäre die Pfandbestellung für die älteren Hypothekare ohne Vorteil. Dagegen ist es gleichgültig, ob das Pfandrecht der versio in rem durch Vertrag oder unmittelbar durch Gesetz entstand.

Ein Hauptfall war in Rom Geben eines Pfanddarlehns zur Reparatur und Ausrüstung eines bereits verpfändeten Schiffes. Das Vorrecht solcher Pfanddarlehen hat sich im Seerechte erhalten.[5]

3. Justinian teilte der Dotalhypothek ein Privilegium zu, kraft dessen sie älteren Gläubigern des Mannes vorgehen sollte. Die Motive welche Justinian bei Verleihung dieses Privilegiums leiteten, waren, wie er weitläufig erklärt, Rücksichten der Humanität und des Mitleids mit der ungünstigen bürgerlichen Stellung der Frauen. Die Frauen sind genötigt, ihr Vermögen ganz oder teilweise dem Manne anzuvertrauen. Erhalten sie dasselbe nach Auflösung der Ehe oder im Falle des Konkurses des Mannes nicht zurück, so geraten sie in eine beklagenswerte Lage.[6]

---

fisci 49, 14 vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 437. Dem Reichsrecht ist die Generalhypothek des Fiskus unbekannt. Aber er ist auch jetzt noch privilegiert. Denn im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks haben Ansprüche auf Entrichtung öffentlicher Lasten ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Grundstücke vor allen eingetragenen Hypotheken. Entsprechendes gilt für die Zwangsverwaltung. Ges. über die Zwangsverst. v. 24. März 1897 § 10 Ziff. 3 § 156. Im Konkurse des Schuldners aber gehören die Forderungen des Staates und der Gemeinden wegen öffentlicher Abgaben zu den bevorrechtigten, KO. § 61 Ziff. 2 und 3. Vgl. übrigens KO. § 49 Ziff. 1 und hierzu EinfGes. zu dem Ges. betr. Änderung der KO. v. 17. Mai 1898 Art. III.

2) l. 5 D. qui pot. in pignore 20, 4. Ulpianus libro 3 disputationum: Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel ad reficiendam ego credidero: l. 6 pr. D. eod. idem libro 73 ad edictum: hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.

3) l. 7 C. qui potiores 8, 17, abgedruckt oben § 230 Anm. 7, l. 3 § 1, l. 7 § 1 D. h. t. 20, 4.

4) nov. 97 cap. 3.

5) HGB. § 754 n. 6, vgl. auch HGB. § 443. Im übrigen hat dieses Privileg keine Geltung mehr.

6) l. 12 pr. C. qui potiores 8, 17 Justinianus. Adsiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant § 2 . . . nec ad

Übrigens stand dieses Privilegium nur der Frau persönlich und ihren Deszendenten, nicht aber anderen Erben zu.[7] [8]

Sehr bestritten ist, ob das Privilegium der Dotalhypothek auf den Fall zu beschränken ist, daß die Ehefrau mit Pfandgläubigern konkurriert, die zugleich persönliche Gläubiger des Ehemannes sind, oder ob sie sogar solchen Hypothekaren vorgeht, die ihre Pfandrechte von Singularvorfahren des Mannes herleiten. Das erstere ist das Richtige.[9]

Die Geschichte hat dies Privilegium verurteilt. Der Kredit mußte dadurch erschüttert werden, daß ältere Hypotheken, wenn sich der Schuldner später verheiratete und eine Dos empfing, durch die jüngere Dotalhypothek zurückgedrängt und wertlos gemacht werden konnten.

II. Rechtsverhältnisse im Falle der Bestellung mehrerer Pfandrechte.

§ 251. Rechte nachstehender Pfandgläubiger.

Nur der vorstehende Pfandgläubiger hat die volle Gewalt des Pfandrechts. Nachstehende Pfandgläubiger haben zwar nicht, wie in der älteren römischen Zeit, ein bloß bedingtes Recht, aber doch nur beschränkte Befugnisse.[1] Insbesondere hat nur der erste, nicht der nachstehende Pfandgläubiger das Verkaufsrecht.[2]

---

fragilitatem muliebrem respicientes nec quod et corpore et substantia et omnia vita sua maritos fungitur, cum paene mulieribus tota substantia in dote constituta est § 4 . . . cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati § 5 . . . quis enim eas non miseretur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum creationem . . .?

7) nov. 97 cap. 3 und 4.

8) Über den Vorzug der Dotalhypothek vor dem Privilegium wegen versio in rem vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 453 ff., aber auch Arndts § 385 Anm. 3 und dort Zitierte. Siehe auch RG. Bd. 3 S. 175.

9) Die ältere Praxis gab den Pfandgläubigern, welche ihr Recht von einem früheren Eigentümer ableiteten, ein Separationsrecht gegenüber den Gläubigern des späteren Erwerbers — als sog. Pfandseparatisten. Das RG. Bd. 3 S. 178 hat sich mit gutem Grunde der Ansicht angeschlossen, „daß das Vorrecht der reservierten Hypothek in Deutschland durch die Praxis unerschütterlich festgestellt wurde". Infolge der neueren Entwicklung des Pfandrechts hat das Privilegium der Dotalhypothek seine praktische Bedeutung verloren. Ja die Ehefrau hat wegen ihres Eingebrachten nicht einmal ein Vorzugsrecht vor gewöhnlichen Konkursgläubigern ihres Ehemannes an der Konkursmasse.

1) Im älteren Rechte hatten nachstehende Pfandgläubiger nur ein bedingtes Recht l. 9 § 3 D. qui potiores 20, 4, vgl. oben § 230 Anm. 8.

2) l. 8 C. qui potiores 8, 17. Diocletianus et Maximianus . . . nec alias secundum distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas. — l. 1 D. de distr. pign. 20, 5 . . . ante secundum creditorem dimissum nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit. Dennoch streitet man, vgl. Windscheid Bd. 1 § 241 Anm. 5. Nach Reichsrecht kann der vorstehende Pfandgläubiger einer beweglichen Sache, der nicht in ihrem Besitze ist und nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen. BGB. § 1232. Der Nachhypothekar kann die Zwangsveräußerung wie die Zwangsverwaltung von Immobilien betreiben, aber nur unbeschadet der vor-

a) Das wichtigste Recht des nachstehenden Pfandgläubigers ist das auf die hyperocha, d. h. den Überschuß des Pfanderlöses über den Betrag der vorstehenden Pfandforderungen.[3]

b) Das zweite Hauptrecht ist das jus offerendi et succedendi, d. h. das Recht, den vorstehenden Pfandgläubiger abzufinden und mit der Abfindungssumme an dessen Stelle zu treten.[4]

c) Die nachstehenden Pfandgläubiger haben die Pfandklagen wie vorstehende. Den vorgehenden Pfandgläubigern aber können sie den Besitz nicht entziehen.[5]

§ 252. Die hypothekarische Sukzession.[1]

Die Verhältnisse mehrerer Pfandgläubiger werden nach den Grundsätzen der hypothekarischen Sukzession geregelt.

Hypothekarische Sukzession ist Eintritt eines späteren Pfandgläubigers in die Rangstellung eines durch ihn abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers mit der Abfindungssumme. Die Ansichten über dieses Institut gehen sehr auseinander, und es fehlt viel daran, daß das Richtige allgemein anerkannt wäre.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

1. *Das einfache Abfindungsgeschäft*, bei welchem ein Kapitalist zur Abfindung einer vorstehenden Hypothek Geld vorschießt und sich dafür ein Pfandrecht bestellen läßt.[2] Primus z. B. hat eine erste Hypo-

---

stehenden Pfandrechte. Reichsges. über die Zwangsverst. vom 24. März 1897. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 257.

3) l. 12 § 5 in fine D. qui pot. 20, 4, vgl. l. 96 § 3 D. de solut. 46, 3.

4) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 12 § 9 D. qui potiores 20, 4 sagt geradezu . . . et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat. Über das jus offerendi et succedendi vgl. unten § 253. Nach BGB. § 1249 hat beim Mobiliarpfandrecht dieses Recht, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, jeder, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an demselben verlieren würde. Über das Grundstückspfand vgl. § 1150.

5) l. 12 pr. D. qui potiores 20, 4.

1) Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 161 ff. S. 490 und dort Zitierte. Neuerdings ist die hypothekarische Sukzession häufig behandelt worden. Vgl. namentlich Adamkiewicz im Archiv für ziv. Praxis Bd. 56 n. 1, Voß. zur Lehre vom jus offerendi in Iherings Jahrb. Bd. 15 n. 8, Tellegen, successio hypothecaria, Groningen 1880, Regely, das jus offerendi. Berliner Inaug.Diss. 1893. Über die hypothekarische Sukzession bei teilweiser Abtragung der Vorschuld vgl. Schlayer im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 n. 10.

2) l. 3 D. quae res pignori 20, 3. Paulus libro 3 quaestionum: Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat. quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest. Nur im ersten Teil der Stelle ist vom einfachen Abfindungsgeschäft die Rede, der zweite Teil von „denique“ an behandelt, wie Adamkiewicz im Archiv für ziv. Praxis Bd. 56 S. 43 und Schott in Iherings Jahrb.

thek von 500, Sekundus eine zweite von 500, die Pfandsache ist 600 wert; zur Abfindung des Primus, welcher mit Verkauf droht, nimmt der Pfandschuldner von Tertius 500 auf und verpfändet ihm hierfür die gedachte Sache.[3] Erfolgt nun die Abfindung des Primus, so rückt Tertius an dessen Stelle, Sekundus bleibt im zweiten Range.

Bei diesem einfachsten Falle ergibt sich das Wesen der hypothekarischen Sukzession am deutlichsten. Sie ist nicht, wie ältere Schriftsteller meinten, Übergang der abgezahlten persönlichen Forderung mit ihrem Pfandrechte im Wege gesetzlicher Zession auf den Tertius.[4] Die Forderung des Primus ist abgezahlt und untergegangen, der Tertius erhält eine neue Forderung aus dem Vorschußgeschäfte. Sie ist auch nicht, wie viele Neuere annehmen, Übergang des Pfandrechts des Primus auf den Tertius. Dem widerstreben innere und äußere Gründe, denn wie sollte das Pfandrecht, welches im Interesse der Forderung des Primus geschaffen ist, deren Untergang überdauern und sich mit einer anderen — der Forderung des Tertius verbinden? Dies erschiene als Abweichung vom gesetzmäßigen Verlaufe, die dem römischen Rechte nur dann zugetraut werden könnte, wenn jeder andere Ausweg verschlossen wäre. In Wirklichkeit — und dies ist der zweite und entscheidende Grund gegen die bekämpfte Ansicht — fordern die Quellen für das Eintreten der hypothekarischen Sukzession des Tertius, daß ihm der Eigentümer der Pfandsache *ein neues Pfandrecht* bestelle.[5]

Es ist also nicht das alte abgestoßene Pfandrecht des Primus, welches auf den Tertius übergeht. Die Sukzession besteht nur in dem *Eintritte* des neu bestellten Pfandrechts *in den Rang des Primus*, wodurch allein das Abfindungsgeschäft möglich ist. Der Sekundus wird hier-

---

Bd. 15 S. 58 mit Recht annehmen, einen Fall des jus offerendi des zweiten Pfandgläubigers. Daß diesem, auch wenn er sich ein Verkaufsrecht nicht ausbedungen hat, das Verkaufsrecht für den Fall seines Einrückens in die Stelle des ersten Gläubigers zugestanden wird, entspricht der Entwicklung des Rechts zum Pfandverkauf. Man wird daher mit Grund dagegen nicht anführen dürfen, daß die hypothekarische Sukzession als solche nur Einrücken in den Rang des abgefundenen Pfandgläubigers bezweckt. Anderer Ansicht Windscheid Bd. 1 § 233 b Anm. 16. Vgl. dazu auch die Interpretation von Manigk, pfandrechtliche Untersuchungen S. 43 ff.

3) Es macht keinen Unterschied, ob der Eigentümer der Pfandsache vom Tertius ein Darlehen entnimmt, oder dem Tertius das Mandat gibt, den Primus abzuzahlen und infolge des Mandates verpflichtet ist, dem Kapitalisten das Ausgelegte zu ersetzen. Einen anderen Fall erwähnt l. 12 § 9 D. qui potiores 20, 4.

4) Diese ältere Ansicht vertrat Mühlenbruch, Zession S. 482, vgl. Windscheid Bd. 1 § 233 b Anm. 16.

5) Vgl. die oben Anm. 2 abgedruckte l. 3 D. quae res pignori 20, 3, sowie l. 1 C. de his qui in priorum credit. locum 8, 18, ferner l. 3, l. 12 §§ 5, 8 D. qui potiores 20, 4 und namentlich l. 2 D. de pign. act. 13, 7. Windscheid Bd. 1 § 233 b Anm. 16 hält daran fest, daß das für die *untergegangene Forderung* bestellte *Pfandrecht* auf die *neue* Forderung gehe. Er findet, „daß die Einwilligung des Eigentümers — zur Sukzession — erforderlich ist, ist kein Beweis für die Neubegründung des Pfandrechtes". Aber die Quellen sprechen eben nicht von Einwilligung des Eigentümers zur Sukzession, sondern von einer Neubegründung des Pfandrechts durch ihn. Auch Brinz Bd. 2 S. 865 behauptet, der Abfindende erhalte „die bisherige Hypothek" für seine neubegründete Forderung.

durch nicht benachteiligt. Nur das Vorrücken an die erste Stelle wird ihm abgeschnitten, da es materiell ungerechtfertigt wäre.

2. Der Fall liegt nicht wesentlich anders, wenn die Forderung des Primus noviert, also durch eine neue Forderung, sei es des Primus selbst, sei es eines anderen — des Tertius ersetzt wird. Infolge der Novation geht die novierte Forderung und zugleich das zu ihrem Schutze bestellte Pfandrecht unter. Wird aber für die novierte Forderung ein Pfandrecht an der bisher verpfändeten Sache von deren Eigentümer bestellt, so erhält es den Rang des durch die Novation abgefundenen Pfandrechts. Die Lage der Zwischengläubiger wird materiell nicht geändert,[6] wenn ihnen Tertius statt Primus vorgeht.

3. Komplizierter erscheint der Fall des jus offerendi et succedendi der nachstehenden Pfandgläubiger. Doch im Grunde ist das Verhältnis dasselbe, denn als Hauptrecht des nachstehenden Pfandgläubigers gilt das jus offerendi. Die Verpfändung gibt ihm das Abfindungsrecht. Die Pfandsache ist dem nachstehenden Pfandgläubiger von vornherein durch die Pfandkonvention beziehungsweise das Gesetz in doppelter Art verpfändet, nämlich:

a) unmittelbar für das Kreditum, welches er gewährt,

b) eventuell für die Abfindungssumme, falls er den Vorgänger abstößt.[7] [8]

Mit dem Betrage der Abfindungssumme tritt der Nachhypothekar in den Rang des abgefundenen vorstehenden Pfandgläubigers ein nicht anders als beim einfachen Abfindungsgeschäfte. Die Lage der Zwischengläubiger wird materiell nicht geändert.[9]

---

6) l. 3 pr., l. 12 § 5 D. qui potiores 20, 4. Nach Brinz Bd. 2 S. 865 liegt hier eine Sukzession in die eigene Hypothek, aber nur kraft ausdrücklichen Vorbehaltes vor. Ulpianus libro 28 ad edictum sagt l. 11 § 1 D. de pign. act. 13, 7: Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur.

7) l. 12 § 6 D. qui potiores 20, 4. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. et ita Papinianus libro 3 responsorum scripsit, et verum est. — In den früheren Auflagen seiner Pandekten nahm Windscheid an, daß der abfindende nachstehende Pfandgläubiger wegen der Abfindungssumme nur ein Pfandrecht habe, aber keinerlei persönliche Forderung. Jetzt gesteht er dem Ausbezahlenden eine „actio negotiorum gestorum" zu, Bd. 1 § 233b Anm. 16. So auch Regely a. a. O. S. 56. Richtiger Ansicht nach hat er die actio pigneraticia, weil er infolge der Ermächtigung des Pfandvertrages zahlt.

8) Nimmt der vorstehende Pfandgläubiger die angebotene Abfindungssumme nicht an, so kann der nachstehende Gläubiger dieselbe deponieren, was dann dieselbe Wirkung wie eine Zahlung hat, l. 1 C. qui potiores 8, 17.

9) Das jus offerendi et succedendi wurde übrigens, wie es scheint, in der späteren klassischen Zeit auch dem vorstehenden Pfandgläubiger gegen die nachstehenden zugestanden. Dies ergibt namentlich Pauli sent. II 13 § 8, eine Stelle, die für die Auslegung des justinianischen Rechtes in das Gewicht fallen muß. Die Frage ist sehr bestritten, vgl. die bei Windscheid § 233b Anm. 14 Zitierten; Schwemann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 71 Nr. 3, Regely a. a. O. S. 14.

4. An die Fälle der hypothekarischen Sukzession reiht sich die Abfindung eines vorstehenden Pfandgläubigers durch den Käufer der Pfandsache. Es erwirbt jemand — der Tertius — einen mehrfach verhypothezierten Gegenstand unter der Vereinbarung zu Eigentum, daß der erste Pfandgläubiger mit dem Kaufpreise abgefunden werde. Dies geschieht. Nach strengem Rechte würde der nachstehende Pfandgläubiger — der Sekundus — dann an die erste Stelle rücken. Er könnte infolgedessen die Sache dem Tertius abstreiten und sie pfandrechtlich verkaufen; denn das Pfandrecht geht dem Eigentume vor. Aber dann erhielte der Sekundus durch die Aufwendung des Tertius einen Vorteil, auf den ihm ein materieller Anspruch nicht zusteht. Daher darf jetzt Tertius den Sekundus ebenso zurückweisen wie bisher der durch ihn abgefundene Primus. Dagegen behält aber auch Sekundus das Recht, dem Tertius die gezahlte Summe so zu offerieren, wie wenn dieser Pfandgläubiger an Stelle des Primus wäre. Denn das Recht des Sekundus, durch Angebot der dem vorstehenden Pfandgläubiger geschuldeten Summe an dessen Stelle zu rücken, kann ihm durch den Kauf des Tertius nicht verkümmert werden.[10]

Allen erörterten Sukzessionsfällen liegt hiernach das gleiche Prinzip zugrunde, daß nämlich ein später erworbenes dingliches Recht durch die Abfindung eines Vorgängers in dessen Rang einrückt.[11] [12]

Fünftes Kapitel.

Ende des Pfandrechts.

§ 253. Die dem Pfandrechte eigentümlichen Beendigungsgründe.

Dem Pfandrecht spezifisch eigentümlich sind zwei Beendigungsgründe, nämlich Untergang der versicherten Forderung und Pfandverkauf.

---

10) l. 17 D. qui potiores 20, 4. Paulus libro 6 responsorum: Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit vgl. l. 3 § 1 D. de distr. pign. 20, 5, l. 3 D. quae res pignori 20, 3, abgedruckt oben Anm. 2, l. 3 C. de his qui in prior. cred. 8, 18. Für den Fall, daß der Käufer bisher vorstehender Pfandgläubiger war, behauptet Brinz Bd. 2 S. 864 folgendes: „trotzdem daß der Käufer Eigentümer wird, behält er sein bisheriges Pfandrecht und erwirbt ein neues". Dies ist ein wahrer Turmbau von Rechten, während die Römer nichts anderes kennen, als einen „Schutz" des Eigentumes. Vgl. übrigens noch Hofmann in Iherings Jahrb. Bd. 10 S. 377.

11) Keine wahre Sukzession liegt vor, wenn ein nachstehender Gläubiger — der Tertius — durch rechtskräftiges Urteil gegenüber einem vorstehenden Pfandgläubiger — dem Primus — die Priorität erstritten hat, l. 16 D. qui potiores 20, 4. Ein derartiges Urteil wirkt nur zwischen Tertius und Primus, da res judicata nur jus facit inter partes. Die Stellung des Sekundus bleibt daher unberührt. Wenn etwa Primus auf sein Pfandrecht verzichtet, so rückt Sekundus in die erste Stelle trotz des Sieges

1. Der Untergang der versicherten Forderung zieht das Erlöschen des Pfandrechts nach sich. Denn um der Forderung willen besteht das Pfandrecht. Ist diese erloschen, so ist das Pfandrecht ohne Stütze und bricht zusammen.

Die Formel der actio hypothecaria betont dies ausdrücklich. Aber freilich nicht abstrakt und allgemein. Sie forderte zum Siege des Gläubigers „eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse".[1] Hiernach war jede Befriedigung des Gläubigers Endigungsgrund, also neben der Zahlung auch Hingabe an Zahlungs-Statt, Novation, Erlaß. Man stellte aber die anderen Gründe der Aufhebung der Forderung gleich, z. B. Konfusion, wenn eine und dieselbe Person zugleich Gläubiger und Schuldner wird.[2] Den akzessorischen Charakter des Pfandrechts erblickte man eben darin, daß es untergehe, wenn die Forderung erlischt.[3]

Aber freilich bleibt das Pfandrecht unberührt, wenn nur die Klage zerstört wird, die Forderung aber als klagloſe — naturalis obligatio — fortbesteht.[4] Auf eine solche Forderung hin kann noch Zahlung erfolgen, daher erhält sich ihretwegen auch das Pfandrecht.

Paulus berichtet von einem Falle, in welchem „remanet propter pignus naturalis obligatio".[5] Hier sei, so argumentieren einige,[6] nicht

des Tertius über den Primus. Vgl. Dernburg. Pfandr. Bd. 2 S. 462, Voß in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 4.

12) BGB. § 880 verfolgt im wesentlichen die Zwecke der hypothekarischen Sukzession. Vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 217 S. 607.

1) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 §§ 167 ff.

2) l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6. Ulpianus libro 73 ad edictum: Item liberatur pignus, sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est. sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio ejus finita est.

3) l. 43 D. de solut. 46, 3 siehe oben § 224 Anm. 6.

4) l. 14 § 1 D. de pign. 20, 1. Ulpianus libro 73 ad edictum: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Die Konstruktion hat Ulpian zwar nicht erfunden, aber scharf formuliert und zur Geltung gebracht. Vgl. auch K. Wolff, Kann nach gemeinem Recht das Pfandrecht die Pfandforderung überleben? Jenenser Inaug.-Diss. 1899.

5) l. 61 (59) pr. D. ad. S. C. Trebellianum 36, 1. Paulus libro 4 quaestionum: Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure domini id possidere. respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, — igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 577—591. Die Schlußworte von Paulus bedeuten übrigens wohl nur: „wir erkennen an dem Fortbestehen des pignus das Fortdauern der naturalis obligatio"; vgl. l. 8 D. de cond. indebiti 12, 6. So auch Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 406. Zudem ist klar, daß sich die Entscheidung nur auf den Fall des erzwungenen Erbschaftsantritts bezieht, welcher dem S. C. Pegasianum entsprach.

die Forderung die Grundlage des Pfandrechts, sondern das Pfandrecht die Basis der Forderung. Es bestehe also in Wirklichkeit ein Pfandrecht ohne Forderung. Damit sei die akzessorische Natur des Pfandrechts aufgegeben und vom Standpunkt der Quellen aus überhaupt in Frage gestellt.[7] Diese Schlüsse sind nicht zutreffend, denn die juristische Konstruktion der Rechtsinstitute ist nicht aus besonderen anomalen Fällen herzuleiten, sondern aus ihrer regelrechten Gestaltung zu entwickeln.[8]

2. Der vollzogene Pfandverkauf beendigt das Pfandrecht des Verkäufers und der ihm nachstehenden Gläubiger.[9] [10]

§ 254. Die übrigen Beendigungsgründe des Pfandrechts.

Zahlreiche Endigungsgründe des Pfandrechts haben eine allgemeine Natur, da sie bei Vermögensrechten jeder Art oder doch bei allen dinglichen Rechten an fremden Sachen in ähnlicher Weise einwirken.

1. Verzicht des Pfandgläubigers beendet sein Recht; der Verzicht bedarf aber der Annahme des Eigentümers der Pfandsache.[1]

Stillschweigender Verzicht genügt. Er kann in der vorbehaltlosen Aushändigung des Faustpfandes an den Verpfänder bestehen,[2] denn der Gläubiger, welcher sein Pfandrecht erhalten will, gibt nicht leicht den Besitz auf, in welchem die Garantie seines Rechts liegt. Auch die Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung seines Pfandes durch den Verpfänder wurde von den Römern in der Regel

---

6) Windscheid Bd. 1 § 225 Anm. 13 ff., § 249 Anm. 4.

7) Vgl. auch Schott in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 S. 32 ff.

8) Hinsichtlich des Pfandrechts an einer beweglichen Sache stimmt das Reichsrecht mit dem römischen Rechte überein. § 1252 BGB. verfügt: Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht. Ganz abweichend ist dagegen die Grundstückshypothek gestaltet; mit dem Erlöschen der Forderung erwirbt hier der Eigentümer die Hypothek. BGB. § 1163. Vgl. über die Eigentümerhypothek Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 §§ 218 ff. S. 612. Das römische Recht bietet hierfür keinen Ausgangspunkt.

9) Vgl. oben § 245 bei Anm. 12.

10) Im Fall der Zwangsversteigerung der Grundstücke bleiben die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken, soweit es sich um das eingetragene Kapital handelt, unberührt. Reichsgei. über die Zwangsverst. vom 24. März 1897; vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 § 257 S. 710. Gerät der Verpfänder von Mobilien in Konkurs, so kann der Konkursverwalter deren Herausgabe fordern und sie zur Veräußerung bringen, damit erlischt zwar das Pfandrecht an der Sache, der Pfandgläubiger behält aber ein Vorrecht an dem Erlös, vgl. KO. § 127.

1) l. 2 C. de remissione pignoris 8, 25. Antoninus . . . obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur. Ob die Annahme durch den Verpfänder genügt, wenn er nicht mehr Eigentümer ist? Dafür Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 547, dagegen aber Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 2. Vgl. auch Meißels in Grünhuts Zeitschr. Bd. 19 S. 10. Nach BGB. § 1255 genügt zur Aufhebung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache die einseitige Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer, daß er das Pfandrecht aufgebe. Über das Grundstückspfand vgl. § 875.

2) l. 9 § 1 C. de remissione pignoris 8, 25, l. 3 D. de pign. act. 13, 7. Die Rückgabe der Verpfändungsurkunde bedeutet gleichfalls einen Verzicht auf die Hypothek nach l. 7 C. de rem. pign. 8, 25. BGB. § 1253 läßt das Mobiliarpfandrecht durch Rückgabe des Pfandes an den Eigentümer oder an den Verpfänder erlöschen, der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam.

als Verzicht für den Fall der Verwirklichung der Veräußerung aufgefaßt. Denn der Verpfänder bedarf an sich der Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung des verpfändeten Objektes nicht; wird diese Zustimmung dennoch eingeholt, so muß sie einen besonderen Sinn haben, und dieser kann nur der des Verzichtes auf das Pfandrecht sein.[3]

Einen Verzicht auf das Pfand nahm man auch an, wenn beim Verkaufe eines Grundstückes die Gläubiger öffentlich zur Anmeldung ihrer Hypotheken aufgefordert wurden und, obgleich sie ortsanwesend waren, die Anmeldung unterließen.[4] Dieser Rechtssatz war für den römischen Verkehr von der größten Wichtigkeit, denn er bot meist das einzige Mittel, eine einigermaßen sichere Übersicht über den Schuldenstand eines Grundstückes, welches man erwerben wollte, zu gewinnen.[5]

2. Das Pfandrecht hört notwendig mit dem Untergange der Pfandsache auf;[6] nicht weniger wenn das Objekt dem Verkehr entzogen wird. Veränderungen der Pfandsache, z. B. Errichtung eines Hauses auf dem verpfändeten Acker, ziehen den Untergang des Pfandrechts nicht nach sich.[7]

3. Es ist ein Fundamentalgrundsatz des römischen Rechts, daß an der eigenen Sache ein Pfandrecht nicht bestehen kann.[8] Daher erlischt es, wenn das Eigentum der Pfandsache auf den Pfandgläubiger übergeht.

Aber dieser Grundsatz erleidet eine Modifikation, wenn die Sache mit

3) Die Römer haben dies ins einzelne hinein kasuistisch entwickelt l. 4 § 1, l. 7, l. 8 §§ 6 ff. D. quib. mod. pign. 20, 6, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 552.

4) l. 6 C. de remissione pign. 8, 25. Impp. Diocletianus et Maximianus. Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praesentes essent, jus suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. Nicht einmal eines besonderen Aufrufes bedarf es, wenn der Fiskus öffentlich verkauft. l. 8 C. eod. 8, 25.

5) Das gemeine Recht hat dies Prinzip noch weiter ausgebildet und an die Stelle der privaten Aufforderung ein gerichtliches Aufgebotsverfahren gesetzt mit der Wirkung des Ausschlusses eines jeden, welcher sich nicht rechtzeitig meldet.

6) l. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6.

7) l. 16 § 2 D. de pign. 20, 1. Es erhält sich das Pfandrecht am Boden, wenn das verpfändete Haus abbrennt, l. 29 § 2, l. 35 D. eod. 20, 1. — Sind die Baumaterialien als verpfändet anzusehen, wenn ein Haus verhypothesiert ist und wenn es der Eigentümer abbricht? Es ist dies zu bejahen, Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 563 ff. Wie aber, wenn aus einer Mobilie bei deren Untergang eine neue Sache entsteht oder übrig bleibt? Es ist z. B. eine Kuh verpfändet, sie fällt beim Gläubiger; hat er ein Pfandrecht an der Haut? Bei der Verpfändung kommt es den Beteiligten nicht sowohl auf die spezifische Pfandsache als auf Sicherstellung durch ein Wertobjekt an. Man darf daher als präsumtive Absicht bei der Verpfändung ansehen, daß dem Gläubiger alles verpfändet sein soll, was sich aus der Pfandsache entwickelt. Vgl. aber l. 18 § 3 D. de pign. act. 13, 7; oben § 165; siehe Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 560 ff., Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 S. 331, Bremer, Pfandr. S. 165 ff., Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 10. Ergreift das Pfandrecht die Versicherungssumme? Hierüber vgl. M. Scherer in Iherings Jahrb. Bd. 20 n. 2. BGB. §§ 1128 ff.

8) l. 45 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 30 ad edictum: Neque pignus neque depositum neque precarium . . . rei suae consistere potest. Daß diese und ähnliche Äußerungen bloß feststellen, daß der contractus pigneraticius keine Wirkung zugunsten des Verpfänders habe, — wie Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 105 Anm. 1 annimmt — kann ich nicht finden. Vgl. l. 7 § 6 D. de donat. inter vir et uxor 24, 1.

mehreren Pfandrechten belastet ist und der vorstehende Gläubiger das Eigentum an ihr erwirbt. Dann behält er gegen die nachstehenden Pfandgläubiger dieselben Rechte, wie wenn sein vorstehendes Pfandrecht noch bestünde.[9] Dies ist recht und billig, denn sonst würde er ohne jeden Rechtsgrund geschädigt und die Nachhypothekarien erhielten Vorteile, auf die sie keinen Anspruch haben. Im Grunde wird in solchen Fällen nur das Eigentum mit einem Schutze gegenüber den Nachhypothekarien ausgestattet.[10]

Ganz anders stellen sich viele neuere Schriftsteller zu dieser Frage. Sie vertreten die Ansicht, daß die Römer grundsätzlich und allgemein ein Pfandrecht an eigener Sache anerkannt hätten.[11] Hieraus schließen sie, daß ein solcher Eigentümer die eigene Sache als Pfandgläubiger verkaufen und damit von Nachhypotheken befreien konnte; ja auch weiter begeben durfte er ein derartiges Pfandrecht an der eigenen Sache. Wie ist es aber zu erklären, daß die Römer, welchen doch sonst der Mut nicht fehlte, die Konsequenzen ihrer Grundsätze zu ziehen, von solchen weittragenden Ergebnissen nichts wissen. Vielmehr gewähren sie dem Eigentümer Rechte nach Art eines Pfandrechts nur, falls er mit Nachhypothekarien konkurriert, die dem früher zu seinen Gunsten bestellten Pfandrechte nachstanden. Es liegt hierin also bloß eine durch die Billigkeit bedingte Abweichung von den Grundsätzen, welche im übrigen das römische Sachenrecht beherrschten. Ohne Zweifel haben moderne Rechte die Rechtsform der Pfandrechte an eigener Sache geschaffen, aber dies bildet einen Gegensatz zum römischen Recht und keine Fortbildung desselben.

4. Endlich hat auch die Zeit Einfluß auf die Beendigung des Pfandrechts.

a) Wer die Pfandsache in gutem Glauben und ohne Kenntnis des auf ihr lastenden Pfandrechts — nicht als Erbe des Verpfänders — erwarb, erlangt durch Besitz von 10 oder 20 Jahren, je nachdem er mit dem Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnt oder nicht, eine longi temporis prae-

9) In der l. 30 § 1 D. de exc. rei jud. 44, 2 entscheidet Paulus — 14. Buch der Quästionen — folgenden Rechtsfall. Bei Gelegenheit eines Erbschaftsprozesses zwischen Mävius, dem wirklichen Erben, und Titius, einem Erbschaftsprätendenten, kam es zu einem Vergleiche, laut dessen Titius dem Mävius außer einigen erbschaftlichen Vermögensstücken auch ein ihm gehöriges Grundstück zu Eigentum überließ. Auf diesem Grundstück lag eine Hypothek zugunsten des X.; dieser stellte gegen den Mävius die actio hypothecaria an und drang mit derselben durch. Später fand Mävius Urkunden, wonach jenes Grundstück bereits seinem Großvater und zwar vor dem X. verpfändet war. Es fragt sich, ob dem Mävius, wenn er das Grundstück von X. herausfordere, die exceptio rei judicatae entgegenstehe. Dies verneint der Jurist, da es sich hierbei um eine andere Rechtssache als die früher entschiedene handelt. Er fährt dann fort: in proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei judicatae exceptionem.

10) Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 570 ff. Siehe auch Bremer, Hypothek und Grundschuld S. 50 ff., S. 84. Nach BGB. § 1256 erlischt das Mobiliarpfandrecht, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft; es gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen hat, sowie dann, wenn die versicherte Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist. Über die Hypothek vgl. §§ 1163, 1168, 1177, Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 §§ 218 ff. S. 612.

11) Hartmann, Rechte an eigener Sache in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 100, G. Buchka, die Hypothek des Eigentümers S. 7 ff., Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 26, siehe auch die bei Arndts § 389 Anm. 2 zitierten Schriftsteller, sowie Wießner, das Pfandr. an der eignen Sache. Breslauer Inaug.Diss. 1893.

scriptio. Dieser Zustand wird durch Anstellung der Klage innerhalb der gedachten Zeit unterbrochen und hat den Charakter einer Klagenverjährung, doch nähert er sich einer Ersitzung dadurch, daß der Präskribent die Sache vom Pfandgläubiger auch vindizieren kann, wenn er den Besitz an diesen verloren hat.[12]

b) Außerdem trat der Pfandklage die ordentliche Klagenverjährung entgegen. Sie läuft gegen den Schuldner und dessen Erben erst in 40 Jahren ab. Diese Verjährung war auch zugunsten des nachstehenden Pfandgläubigers gegen den vorgehenden wirksam, solange der Verpfänder lebte. Dasselbe galt nach dem Tode des Verpfänders, sofern sich der Nachhypothekar auf seine Besitzzeit während des Lebens des Verpfänders berufen wollte. Stützte er sich bloß auf die Zeit nach dessen Tode, so genügten 30 Jahre.[13]

Sechstes Kapitel.

Verpfändung von Rechten.

§ 255. Verpfändung von Forderungen. Afterverpfändung.

Unter den verpfändbaren Rechten nehmen die Forderungen die erste Stelle ein.[1] Sichere Obligationen sind nicht minder zuverlässige Pfänder als körperliche Sachen.

Über die juristische Natur dieses Pfandrechts (pignus nominis) bestehen zwei Auffassungen. Nach der einen begründe es ein Recht an der Forderung, welche hiernach als Rechtsobjekt behandelt würde, wie eine körperliche Sache. Die Geltendmachung dieses Pfandrechts gehe daher gleichfalls auf dem Wege der hypothekarischen Klage vor sich. Nach der zweiten

12) l. 5 § 1, l. 12 D. de div. temp. praescr. 44, 3, l. 7 § 1, l. 14 C. de obl. et act. 4, 10, l. 2 C. adversus creditorem 7, 36, l. 19 C. de evict. 8, 44. Schmitthenner, im hessischen Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 92 betrachtet diese Verjährung als „Ersitzung der Pfandfreiheit". So auch Arndts § 390 Anm. 2, Windscheid Bd. 1 § 248 Anm. 17, Seuffert, Archiv Bd. 26 Nr. 113. Gegen diese Auffassung Dernburg, Pfandr. Bd. 2 S. 569 ff., Wächter, Superfiziar- oder Platzrecht S. 112. Vgl. BGB. § 945.

13) l. 7 pr. §§ 1 und 2, l. 8 § 1 C. de praescr. XXX annorum 7, 39. BGB. kennt die vierzigjährige Frist nicht.

1) Die Verpfändung der Forderungen ist häufig Gegenstand der Untersuchung geworden. Vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 461; ferner Hellwig, die Verpfändung und Pfändung von Forderungen 1883, hierüber vgl. Pfersche in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 27 S. 208. Die Literatur siehe bei Hellwig S. XIII. Vgl. ferner Lazarus, Pfandrecht an Ford. 1889, sowie Oetker, die Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse in der Festschrift für Buchka 1891. Über das Pfandrecht an einer dem Schuldner gegen seinen Gläubiger zustehenden Forderung vgl. Oertmann im Archiv für ziv. Praxis Bd. 81 S. 61. Über Verpfändung von Rechten nach dem BGB. vgl. Dernburg, Bürg. Recht Bd. 3 §§ 279 ff. S. 775.

Auffassung ist die Behandlung der Forderung als Rechtsobjekt dem römischen Rechte fremd. Sie würde voraussetzen, daß die Römer Rechte an Rechten grundsätzlich anerkannt hätten, was sich nicht nachweisen läßt.[2] Das Recht des Pfandgläubigers der Forderung gestaltet sich notwendig zu einem Anspruch gegen den Schuldner dieser Obligation — den Drittschuldner — zur Leistung des Schuldobjektes. Hierin liegt der Kern der Verpfändung der Forderung. Sie ist die unentziehbare Legitimation, die verpfändete Obligation behufs Befriedigung des Anspruches an den Verpfänder geltend zu machen; sie bildet eine zu Pfandrechtszwecken vorgenommene, und daher beschränkte Zession.[3] Soweit die Rechte des Pfandgläubigers nicht eingreifen, bleiben natürlich die Rechte des Verpfänders bestehen. Daher hat man neuerlich die in der Verpfändung liegende Zession eine kooptierende genannt.[4]

Nur abtretbare Forderungen sind verpfändbar.[5] Ihre Verpfändung geschieht wie die körperlicher Sachen, durch Rechtsgeschäfte — Vertrag oder Testament — auf Grund des Gesetzes und durch den Richter.[6]

Dem Forderungspfandgläubiger stehen behufs Realisierung seines Rechts zweierlei Befugnisse zu:

a) Es ist ihm gestattet, die verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit vom Drittschuldner beizutreiben — jus exigendi.[7] [8]

---

2) Vgl. oben § 212 Anm. 8.

3) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 462.

4) So Hellwig a. a. O. insbesondere S. 54 ff. Eine grundsätzliche Abweichung von der Theorie der „beschränkten Zession" liegt freilich in Hellwigs Ausführungen nicht, vgl. Pfersche a. a. O.

5) BGB. § 1274 Abs. 2 bestimmt: „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden".

6) Eine Form war nach gemeinem Recht nicht erforderlich. Das Reichsrecht macht dagegen die Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, von einer Anzeige des Gläubigers an den Schuldner abhängig. BGB. § 1280.

7) Die Hauptstelle ist l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7. Paulus libro 29 ad edictum: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicujus, id quod acceperis erit tibi pignoris loco. Vgl. ferner l. 20 D. de pign. 20, 1. Ulpianus libro 63 ad edictum: Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedi.

8) Wichtige Fragen sind in den Quellen nicht entschieden. Kann der Forderungspfandgläubiger die verpfändete Forderung nach ihrer Fälligkeit einziehen, ehe die eigene Forderung gegen den Verpfänder fällig ist? Gewöhnlich nimmt man an, daß in diesem Falle weder der Verpfänder, noch der Pfandgläubiger Zahlung beitreiben oder annehmen könne. Wolle sich der Drittschuldner also liberieren, so müsse er die Schuldsumme deponieren, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 464; hiergegen erklären sich Hellwig a. a. O. S. 148 und Pfersche a. a. O. Es ist zuzugestehen, daß diese Behandlungsweise meist nicht beabsichtigt sein wird. Der Forderungspfandgläubiger kann also die fällige Forderung einziehen und hat dann eine Geldkaution, sofern es sich um eine Geldforderung handelt. — Ist der Pfandgläubiger zur diligenten Eintreibung verpflichtet? Pfersche a. a. O. bejaht es. Man muß ihm beitreten. Es liegt dies in den Zwecken des Geschäftes. Indem der Verpfänder sein Einforderungsrecht aufgibt, erwartet er die gehörige Bei-

Verpfändet ist ihm die ganze Forderung des Verpfänders, auch soweit sie den Betrag der eigenen überschreitet. Dies ist besonders wichtig, wenn der Drittschuldner in Konkurs gerät. Der Forderungspfandgläubiger kann die ihm verpfändete Forderung im Konkurse in vollem Umfang anmelden und hiernach wird die auf ihn entfallende Konkursdividende berechnet. Gleichwohl kann der Gläubiger, welchem eine Geldforderung für eine Geldforderung verpfändet ist, nicht mehr einziehen, als die eigene Forderung beträgt.[9]

Das vom Drittschuldner beigetriebene Geld wird Eigentum des Forderungspfandgläubigers und ist auf seine Forderung an den Verpfänder anzurechnen.[10] Ist aber die verpfändete Forderung auf etwas anderes als Geld gerichtet, so erwirbt der Forderungspfandgläubiger durch die Beitreibung am Objekt nur ein *Pfandrecht*, das Eigentum selbst bleibt dem Verpfänder vorbehalten.[11]

b) Der Forderungspfandgläubiger hat das Verkaufsrecht der Forderung, so daß er sich aus dem Erlöse bezahlt macht.[12] Dies gilt unbedingt nur von

---

treibung durch den Forderungspfandgläubiger, sonst wäre er unverhältnismäßig geschädigt. Dagegen ist Hellwig a. a. O. S. 240. Nach BGB. § 1281 ist der Pfandgläubiger erst dann zur Einziehung der Forderung berechtigt, wenn die seinige fällig geworden ist. Vorher kann der Schuldner nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten, vgl. § 1280. Der Pfandgläubiger hat für eine ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen und den Gläubiger von derselben unverzüglich zu benachrichtigen.

9) l. 4 C. quae res pignori 8, 16. Alexander. Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit. quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet. Vgl. BGB. § 1282 Abs. 1 Satz 2.

10) Ebenso BGB. § 1288 Abs. 2, vgl. auch Abs. 1.

11) Vgl. l. 20 D. de pign. 20, 1, abgedruckt oben Anm. 7. Viele Schriftsteller nehmen an, der Pfandgläubiger werde *Eigentümer* der fraglichen Sache, jedoch nur behufs Sicherung seiner Forderung. Aber die berechtigte Tendenz der Parteien und die Intention des Rechts gingen in der späteren Zeit darauf, dem Pfandgläubiger nicht mehr Befugnisse in die Hand zu legen, als die Zwecke der Verpfändung schlechthin fordern. Dies führt zu einem Pfandrecht an der beigetriebenen Spezies und nicht zum Eigentum des Pfandgläubigers. Hierfür spricht auch die oben Anm. 7 abgedruckte l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7. Vgl. BGB. § 1287.

12) Ob dem Forderungspfandgläubiger das Recht zum Verkaufe der verpfändeten Forderung zusteht, ist in neuerer Zeit sehr bestritten. Vgl. Exner, Kritik des Pfandr. S. 164, Hellwig a. a. O. S. 33. Die quellenmäßige Stütze des Verkaufsrechts des Forderungspfandgläubigers ist l. 7 C. de her. vel act. vend. 4, 39 von Diocletianus und Maximianus. Sie lautet nach Krüger folgendermaßen: Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic — ut responsum est — vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. Hellwig a. a. O. S. 33 übersetzt dies, wie folgt: Nachdem man dahin gekommen ist, Forderungen zu verpfänden, ist es anerkannten Rechtens, daß dem Pfandgläubiger eine actio utilis — wie auch respondiert wurde — zusteht, wie dem Käufer „einer" Forderung. Ich halte diese Erklärung für unbefriedigend. Die Stelle gewinnt nur dann Zusammenhang, wenn die Rede ist von dem *Käufer der besprochenen*, d. h. der *verpfändeten Forderung*. Dies stimmt damit überein, daß die Römer das Wesen des Pfandrechts im Verkaufsrechte fanden. Nur das wird man mit Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse und die vermutlichen Intentionen der Parteien zugestehen müssen, daß der Forderungspfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber *verpflichtet* ist, von dem unvorteilhaften Wege des Verkaufes der Forderung nur Gebrauch zu machen, wenn sich der Realisierung durch Einziehung Hindernisse ent-

Wertpapieren, die einen regelmäßigen Kurs haben.[13] Bei Forderungen anderer Art würde es aber gegen den guten Glauben und die bei der Verpfändung waltende Parteiintention verstoßen, wenn der Gläubiger ohne weiteres zum Verkauf der Forderung schritte. Ein solcher Verkauf wird in der Regel ein ungünstiges Resultat ergeben. Der Verkauf der Forderung steht deshalb dem Pfandgläubiger nur subsidiär für den Fall offen, daß der Drittschuldner nicht freiwillig zahlt oder daß sich dem Eintreiben erhebliche Schwierigkeiten in den Weg stellen.

Es kommt vor, daß ein Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache weiter versetzt.[14] Man nennt ein derartiges Geschäft *Afterverpfändung — pignus pignoris, subpignus*. Die juristische Konstruktion der Afterverpfändung ist bestritten.

Viele sehen in ihr die Bestellung eines neuen *Pfandrechts* an der Pfandsache durch den Pfandgläubiger.[15] Es fragt sich aber, woher der Pfandgläubiger die Legitimation zu einer solchen Pfandbestellung nimmt? Die Pfandsache ist doch nicht in seinem Vermögen — in bonis. Er kann über sie allerdings zum Zweck der Tilgung der versicherten Forderung verfügen und zu *diesem Behufe* veräußern, er hat aber nicht die Befugnis, sie zu *eigenen Zwecken* zu benutzen; wie darf er sie wegen eigener Schulden verpfänden? Wer die Schaffung eines neuen Pfandrechts durch den Pfandgläubiger annimmt, wird die Überweisung der persönlichen Forderung gegen den ersten Verpfänder an den Afterpfandgläubiger schwerlich zugeben können. Der erste Pfandgläubiger behielte also seine persönliche Forderung gegen den ersten Verpfänder unbeschränkt, er dürfte auf sie hin Zahlung annehmen, ohne daß der Afterpfandgläubiger dies zu hindern vermöchte. Trotzdem müßte eine solche Zahlung das Recht des Afterpfandgläubigers vernichten, da dieses den mit der Schuldtilgung eintretenden Untergang des Rechts des Afterverpfänders nicht überdauern könnte.

---

gegenstellen. Vgl. noch Kretschmar, secum pensare S. 108, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 303, Windscheid Bd. 1 § 239 Anm. 9. Nach BGB. ist ein Verkauf der verpfändeten Forderung — abgesehen von besonderen Vereinbarungen der Parteien und dem Fall des § 1295 — nicht gestattet.

13) Vgl. auch BGB. § 1295.

14) l. 13 § 2 D. de pign. 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem Vgl. über diese Erörterungen Dernburg, Pfandr. Bd 1 S. 478, siehe ferner l. 1 pr. C. si pignus pignori 8, 23: Etiam id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse jam dudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur tamdiuque eum is qui jus repraesentat tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit.

15) Vgl Sohm, die Lehre vom subpignus, Rostock 1864, Exner, Kritik S. 79, ferner Hofmann in Iherings Jahrb. Bd. 10 S. 382, Kohler, pfandrechtl. Forschungen §§ 1 ff., Demelius a. a. O. S. 271. Weitere Literatur bei Windscheid Bd. 1 § 239 Anm. 13.

In der Afterverpfändung sehen wir nur einen Ausdruck für die Verpfändung der Forderung des Verpfänders mit seinem Pfandrechte. Hieraus ergeben sich praktisch zweckmäßige Resultate und die Schwierigkeiten schwinden von selbst. Die Parteien sprechen von Afterverpfändung, weil es ihnen besonders auf die Sicherung durch das Pfandrecht ankommt, welches zugunsten des Verpfänders begründet ist; die zweckmäßige, ihren wesentlichen Intentionen entsprechende Auffassung des Geschäftes zu finden, ist Sache der Juristen.

§ 256. Verpfändung von Servituten.[1]

Es kommt eine zwiefache Art der Verpfändung von Servituten vor, nämlich einmal Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten, und zweitens Verpfändung von gleichzeitig und zu diesem Zwecke bestellten Servituten durch den Sacheigentümer.

1. Die Verpfändung einer bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten ist nur beim Nießbrauche möglich.[2] Zwar ist der Nießbrauch als solcher nicht veräußerlich. Aber die Ausübung des Nießbrauches kann übertragen werden. Dies ermöglicht seine Verpfändung. Der Pfandgläubiger erhält hierbei die Ausübung des Usufruktus zur Verwirklichung des Pfandrechts; er kann und soll also die Früchte durch Perzeption gewinnen und auf diese Weise die versicherte Forderung nach Möglichkeit tilgen; ist diese fällig, so kann er die Ausübung des Nießbrauches pfandrechtlich verkaufen.

2. Merkwürdiger noch ist die Verhypothezierung einer erst zu errichtenden Servitut durch den Sacheigentümer.

Die wichtigste Anwendung auch dieser Verpfändungsweise ist diejenige des Nießbrauches. Es handelt sich darum, ein wirksames Pfandrecht zu bewilligen, ohne das Besitztum selbst auf das Spiel zu setzen.

Die Verpfändung wurde richtiger Ansicht nach derart in das Werk gesetzt, daß man dem Gläubiger den Nießbrauch bestellte, jedoch nur zu Pfandzwecken. Wird die versicherte Forderung nicht rechtzeitig be-

1) Über die Verpfändung der Servituten vgl. Büchel, Erörterungen Bd. 1 n. 3, Dernburg, Pfandr. Bd. 1 §§ 26, 62, 63, Göppert über Verpfändung von Grundgerechtigkeiten im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 n. 12, Eisele, über Verpfändung von Servituten in derf. Zeitschr. Bd. 65 n. 3, Hölder in derf. Zeitschr. Bd. 63 n. 4, Kohler, pfandrechtl. Forschungen §§ 4 und 13, Steph. Moulin, de l'hypothèque des choses incorporelles, thèse Paris 1892 S. 35 ff. BGB. behandelt die Verpfändung von Servituten nicht besonders, läßt aber im § 1274 Abs. 2 ein Pfandrecht an allen Rechten zu, die übertragbar sind.

2) l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere „non esse ei jus uti frui invito se", tali exceptione eum praetor tuebitur: „si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usus fructus pignori sit": nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio.

zahlt, so ist der Gläubiger befugt, die Ausübung des Nießbrauches an einen Pfandkäufer zu übertragen. Die Dauer des Nießbrauches bemißt sich also *nach dem Leben des Gläubigers.*[3] Eine andere Ansicht geht dahin, daß der Gläubiger den Nießbrauch nur *faktisch* erhalte, daß dieser aber infolge der Verpfändung noch nicht als Recht bestehe.[4] Erst der *Gläubiger bestelle ihn durch den Pfandverkauf.* Er begründe ihn in der Person des Käufers. Wie soll aber Objekt eines Pfandrechts eine Servitut sein, die erst nach dem Pfandverkauf in das Leben tritt! Überdies wäre es doch sehr eigentümlich, wenn der Umfang des verpfändeten Nießbrauches von der Person des Pfandkäufers derart abhinge, daß er variierte, je nachdem der Käufer ein Jüngling oder ein Greis wäre.

Auch die Verpfändung von Weg- und Wassergerechtigkeiten durch den Eigentümer war zulässig.[5] Hierbei wurde die *Weg- oder Wassergerechtigkeit* zugunsten eines Grundstückes des *Gläubigers*, der freilich notwendig ein Nachbar sein muß, *bestellt*, und ihm anomalerweise das Recht zugestanden, die Felddienstbarkeit nach Fälligkeit der versicherten Forderung einem anderen Nachbarn pfandrechtlich zu *verkaufen.*[6] [7]

---

3) Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 489.

4) Vorzugsweise Büchel a. a. O. findet hier die Verpfändung einer zwar faktisch, nicht aber juristisch bestehenden Servitut. Erst wenn es zum Pfandverkaufe komme, und der Gläubiger einem Käufer die Servitut übertrage, beginne deren Existenz. Diese Ansicht ist die herrschende, vgl. Windscheid Bd. 1 § 227 Anm. 11, Arndts § 367 Anm. 3. In eigenartiger — sich an Exner, Kritik S. 63 anlehnender — Weise verteidigt sie Kohler, Forschungen S. 38, vgl. aber auch Wendt, Pand. S. 409.

5) l. 12 D. de pign. 20, 1. Paulus libro 68 ad edictum: Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat — et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

6) Es wurde oben § 201 Anm. 6 gezeigt, daß bei Wasserleitungen der Eigentümer der dienenden Sache dem Wasserleitungsberechtigten das Recht einräumen konnte, Dritten den Wassergenuß zu überlassen. Hier findet sich nun der weitere Schritt, daß aus Gründen der Utilität eine Weg- oder Wassergerechtigkeit dem Gläubiger behufs seiner Deckung eingeräumt werden kann, mit dem Rechte, sie zu verkaufen. Daß es sich um eine Anomalie im Interesse der Utilität handelt, besagt die mitgeteilte Stelle selbst und daß diese Singularität nicht weiter ausgedehnt wurde und namentlich bei serv. praed. urb. nicht Platz griff, wie l. 11 § 3 D. de pign. 20, 1 ausdrücklich bezeugt, bedarf daher kaum der Erklärung. Indessen sind doch viele neuere Schriftsteller anderer Ansicht, vgl. Hölder, über die Anwendung der Verpfändung auf serv. urb. im Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 n. 4, Eisele a. a. O. S. 119, Kohler a. a. O. § 14, siehe auch andere bei Arndts § 367 Anm. 3 Ziff. d. Zitierte. — Über die rechtliche Konstruktion der Verpfändung der Weg- und Wassergerechtigkeiten gehen denn auch die Ansichten sehr auseinander. Alle irgend denkbaren Auffassungen sind mit Scharfsinn und wohl auch zum Teil mit Spitzfindigkeit verteidigt worden. Vgl. Keller in Bekkers Jahrb. Bd. 2 n. 4, Kindervater ebendort Bd. 6 S. 126, Göppert im Archiv für ziv. Praxis Bd. 49 n. 12 mit zahlreichen Literaturnachweisungen, Eisele in ders. Zeitschr. Bd. 65 S. 123, Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 253: „Theorie der Pfandrechte mit beschränkter Ausbeutekraft, insbesondere der auf die Sphäre des Servitutengenusses beschränkten Pfandrechte".

7) Verpfändbar ist auch das Urheberrecht, vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 § 64 Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 18 S. 411, RGes. v. 19. Juni 1901 § 8 Abs. 3, § 9.

Sachregister

zum ersten Teil.

A.

Abfindung des Pfandgläubigers (hypothekarische Sukzession) 521 (252).
Abgaben, fiskalische, gesetzliches Pfandrecht 493 (232).
Abgeleiteter Eigentumserwerb 341 (164).
Abortus 80 (40).
Absolute Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 213 (107).
Abstrafte Rechtsgeschäfte 166 (83).
Abwesenheit, Restitutionsgrund 288 (140), bei der Ersitzung 376 (183).
Accessio, Eigentumserwerbsart 350 (169), vgl. 341 (164).
Accessio possessionis 376 (183).
Accidentalia negotii 163 (81).
Accursius 8 (3), 21 (11).
Acquisitivverjährung 267 (129).
Actio 223 ff. (114).
— ad exhibendum 259 (125), 355 (172).
— aquae pluviae arcendae 403 ff. (195), 322 (155).
— arbitraria 238 (118).
— arborum furtim caesarum 258 a 3 (125).
— certae pecuniae 254 ff. (122).
— communi dividundo 332 ff. (160), 255 (122), 256 a 6 (123).
— confessoria 460 ff. (218).
— de certa re 254 (122).
— de tigno juncto 354 (171).
— doli 185 a 3 (92).
— duplex 256 (123).
— exercitoria 212 (106).
— familiae erciscundae 255 (122), 256 a 6 (123), 368 (180), 504 (240).
— fictitia 237 (118).
— fiduciae 482 (226).
— finium regundorum 396 (192), 368 (180), 257 (123).
— furti 253 (121), 257 (125), 268 a 5 (130).
Actio hypothecaria 502 (239), 272 (131), 512 (246).
— injuriarum 258 a 3 (125).
— in rem 322 (155), 252 (120).
— institoria 212 (106).
— judicati 262 a 4 (126).
— legis Aquiliae 253 (121), 258 a 3 (125), 502 a 2 (239).
— legis Aquiliae utilis 237 (118).
— locati 260 (125).
— momenti; momentariae possessionis 315 a 14 (152).
— nata 270 (131).
— negatoria 463 ff. (219), 339 (162), 404 (195).
— negotiorum gestorum 389 a 26 (188).
— Pauliana 215 (107).
— pigneraticia 509 ff. (244), 484 (226), 512 (246), 515 (243).
— praescriptis verbis auf Erfüllung eines Modus 205 (103).
— Publiciana 238 (118), 393 (191), 323 (156), 327 (157), 363 (177), 364 (178), bei Servituten 462 a 10 (218).
— quanti minoris 272 (131).
— quasi Serviana 512 (246).
— quod metus causa 182 (91), 252 (120), 283 (137).
— redhibitoria 272 (131).
— sepulchri violati 277 a 1 (133).
— Serviana 512 (246), 484 (226).
— simplex, duplex 256 (123).
— spolii 316 ff. (153).
— utilis ad rem vindicandam 237 (118), 385 (188).
— viae rejectae 397 (192).
— vi bonorum raptorum 258 a 3 (125).
Actiones arbitrariae 238 (118).
— bonae fidei 254 (122).
— civiles 237 (118).

Actiones directae 237 (118).
— directae, utiles 237 (118).
— in factum, in jus conceptae 237 (118).
— in personam, in rem 252 (120), vgl. 255 (122).
— perpetuae 268 ff. (130).
— poenales 253 (121), 35 (16).
— populares 253 (121).
— praejudiciales 257 (124).
— quae rem persequuntur 253 (121).
— stricti juris 256 (122).
— temporales 268 (130).
— vindictam spirantes 277 (133).
Actus (Servitut) 430 (205).
— legitimi 188 a 14 (93).
Addictio bonorum 139 a 9 (69).
— in diem 199 (100).
Adjudicatio als Beſtandteil der formula 242 (118).
Adjudikation 368 (180), 335 (160).
Adjunctio 353 (171).
Adminicula servitutis 430 a 1 (205).
Administratio libera 210 a 2 (106).
Adminiſtration ſ. Sequeſtration.
Ädiliziſche Klagen, Verjährung 268 (130), 272 (131).
Aequitas 218 ff. (111), 55 (28).
Affirmative Bedingungen 188 (94), 195 (98).
Affirmative Servituten 424 (202).
Aftermieter, geſetzliches Pfandrecht an deſſen Illaten 491 (231).
Afterverpfändung 529 (255).
Ager arcifinius 126 (62).
— limitatus 126 (62).
— vectigalis 469 (221).
Aktiengeſellſchaften 102 (49).
Album judicum 225 (115).
Alienatio 143 (71).
Alluvion 351 (170).
Alter der Rechte 139 f. (70).
— der Pfandrechte 518 (249).
Altersſtufen 84 ff. (42).
Alveus derelictus 351 (170).
Amalfi 15 a 4 (8).
Ambitus 339 (163).
A momento ad momentum 153 (76).
Analogie 63 (32).
Anerkennung 143 (72).
Anfechtbarkeit 212 ff. (107).
Animus beim Beſitzerwerb 297 (144), 303 (147).
— domini 298 a 2 (145).
— possidendi 297 ff. (144).
Annus continuus, utilis 153 (76), 156 (78).
Anomalien 53 (27).
Anrechnungstheorie bei der Klagenkonkurrenz 258 a 3 (125).
Anrüchigkeit 91 (46).
Anſchlußpfändung 497 (234).
Anſchwemmung 351 (170).
Anſpruch 65 f. (33).
Anſtalten als juriſtiſche Perſonen 95 ff. (47), 103 ff. (50).
Antichreſe 505 (241), 484 (226).
Antinomien 60 (30), 61 a 19 (30).
Anwendungsſphäre der Rechtsnormen 71 ff. (36 ff.).
Apprehenſion 303 (147).
Aqua aestiva 432 (206), 467 (220).
Aquaeductus 432 (206), 467 (220).
Aquaehaustus 432 (206), 467 (220).
Arbiter 231 (116).
Arbitrium 239 (118).
Argumentum a contrario 58 a 10 (29).
Ariſtoteles 114 a 3 (55), 129 a 3 (64), 132 a 3 (66), 345 (167), 354 a 9 (171), 355 a 2, 356 a 5 (172).
Arreſt, A. begründet Pfandrecht 497 (234).
Assidui 233 (117).
Auctoris nominatio 387 (188), 462 (218).
Aufgeben des Beſitzes 304 (147), 343 a 8 (166).
Aufhebung der Rechte, ſ. Beendigung.
Auflage (modus) 204 f. (103).
Auflaſſung 324 a 9 (156), 358 a 4 (173).
Auflöſende Bedingungen 189 (94), 363 f. a 5 (177).
Aufſchiebende Bedingungen 189 (94), 363 f. a 5 (177), Unterſchied vom modus 205 (103).
Ausdrückliche Willenserklärung 170 (86).
Auseinanderſetzung der Miteigentümer 333 (160).
Ausgaben des corpus juris civilis 11 f. (6).
Auslegendes Recht 52 (26).
Auslegung der Geſetze 54 ff. (28 ff.), 40 (19).

Auslegung der Rechtsgeschäfte 217 ff. (110).
Aussichtsgerechtigkeit 435 (207).
Ausübung der Rechte 67 f. (34).
Auswerfen (jactus missilium) 360 (175).
Außerkrafttreten der Rechtsnormen 38 ff. (18 ff.), 48 (24).
Außerordentliche Ersitzung 378 f. (184), 369 f. (181).
Authenticae 19 (10).
Authenticum 19 (10).
Authentische Interpretation 55 (28), 62 (31).
Autor 137 (69).
Avulsio 351 (170).
Azo 21 (11).

B.

Balduinus 22 (11).
Baldus de Ubaldis 22 (11).
Bartolus de Sassoferrato 22 (11).
Baseler Festungsstreit 121 a 1 (59).
Basiliken 10 (4), 16 (8).
Bauen (inaedificatio) 353 (171).
Baumaterialien 353 (171), 473 (222), 130 (65).
Baupolizei 337 (161).
Bauten (Nachbarrecht) 337 ff. (162 f.).
Bedingte Eigentumsübertragung 198 (99).
Bedingte Tradition 362 (177).
Bedingungen 186 ff. (93 ff.).
Beendigung des Besitzes 304 ff. (147).
— der Dienstbarkeiten 456 ff. (217).
— des Eigentumes 381 f. (186).
— der Emphyteusis 476 (223).
— der juristischen Person 107 f. (52).
— der Klagerechte 266 (129 ff.).
— des Pfandrechts 524 (253 f.).
— der Rechte 141 f. (71).
— der Superfizies 473 (222).
Befristung 201 ff. (101 f.), 207 (104), vgl. Unterschied von der Verjährung 268 (129).
Befruchtung eigener Tiere durch fremde 347 a 2 (168).
Beginn und Ende der Persönlichkeit 79 ff. (40).
Begräbnisstätten 120 (58).
Begründung der Emphyteusis 474 (223).
— der juristischen Personen 105 (51).
— der Klage 270 (131).
Begründung des Pfandrechts 486 ff. (228 ff.).
— der Servituten 451 ff. (214 f.).
— der Superfizies 472 (222).
Belastungen des Eigentumes 336 (161).
— cedendarum actionum 513 (246).
— excussionis personalis 514 (246).
— excussionis realis 514 (246).
— Gordianum 506 (242).
Bergbaurecht 337 a 12 (161).
Berger 24 (11).
Beschränkungen des Eigentumes 336 (161).
Besitz 291 ff. (142 ff.).
— des Emphyteuta 475 (223).
— des Nießbrauchers 443 (211).
— des Pfandgläubigers 504 (241), 300 (145).
— des Sequesters 300 (145).
— des Superfiziars 472 (222).
Besitzeinweisung 278 (134).
Besitzergreifung 303 (147).
Besitzinterdikte 296 ff. (144), 308 (148 ff.).
Besitzklagen 308 ff. (148 ff.).
Besitzübertragung 303 ff. (147).
Besitzverlust 304 ff. (147).
Besitzwille 297 f. (144).
Bestärkung fehlerhafter Rechtsgeschäfte 215 a 5 (108).
Bestätigung fehlerhafter Rechtsgeschäfte 216 a 5 (109).
Betrug 184 ff. (92), Restitutionsgrund 283 (137).
Beute 343 a 9 (166).
Beweggründe 164 (82), 178 (90).
Bewegliche Sachen 126 (62).
Beweis eines Gewohnheitsrechts 45 (22).
Beweispflicht bei Nebenbestimmungen 207 (104).
Bezeichnen 304 a 2 (147).
Bienen 383 a 8 (186).
Biennium luitionis beim Pfandverkauf 508 (244).
Bildung der Rechtsnormen 38 ff. (18 ff.).
Billigkeit s. aequitas.
Bischofsstühle als jur. Personen 103 (50).
Bissextum 155 (77).
Blödsinnigkeit 88 (44).
Blutsverwandte 38 (17).
Bodenzins 471 (222).
Böhmer 24 (11).

Bologna (Schule von B.) 8 (3).
Bona = Vermögen 36 (17).
Bona fides = guter Glaube 218 (111).
— bei der Verjährung 275 (131).
— beim Beſitzerwerb 327 (157).
— bei der Erſitzung 371 (182), bei der Erſitzung der Servituten 456 a 8 (215).
Bonae fidei judicia 254 (122).
— fidei possessio = gutgläubiger Beſitz 325 (157).
Bonitariſches Eigentum 322 (156).
Bote 208 (105).
Brachylogus juris civilis 20 a 2 (11).
Brevi manu traditio 307 f. (147), 358 (173).
Brinz 27 (12).
Brissonius 22 (11).
Brunnemann 24 (11).
Bürgerliche Ehre 91 (46).
Bürgſchaft, Verhältnis zum Pfandrecht 478 (224).
Bulgarus 21 (11).
Byzanz 15 (8).

C.

Canon bei der Emphyteuſe 475 a 15 (223).
— redintegranda 316 (153).
Capitis deminutio 83 (41), 284 (137), 499 a 5 (236), 457 a 3 (209).
Carpzov 24 (11).
Cascellianum judicium 310 a 5 (149).
„Casus unus“ 384 a 8 (187).
Causa 165 (83).
— detentionis 306 a 17 (147).
— perpetua bei Servituten 427 (203).
— possessionis 305 (147).
— traditionis 360 (175).
Causae favorabiles 219 (111).
— piae 103 (50).
— solvendi, credendi, donandi 165 (83).
Cautio 278 (134).
— damni infecti 399 (193 f.), 136 (68), 279 (134), 324 a 10 (156), 465 a 12 (219), 495 (233).
Cautio de non turbando 463 (218), 464 (219).
— ex operis novi nuntiatione 408 (196).
— usufructuaria 443 (211).
Centumviri 226 (115).
Ceſſion ſ. Zeſſion.
Chikane, Verbot derſelben 68 (34), 338 (162).
Chirographariſche Forderungen 477 (224), Pfandrecht wegen derſelben 506 (242).
Citiermethode ſ. Zitiermethode.
Civiles actiones 237 (118).
Civilis computatio 154 (77 f.).
— possessio 296 (144).
„Civiliter uti“ 69 (34), 420 (200).
Civilkomputation ſ. Zivilkomputation.
Civilrecht ſ. Zivilrecht.
Civis 75 a 1 (38).
Clausula generalis (Reſtitutionsgründe betreffend) 288 (140).
Codex constitutionum 17 ff. (9).
— Egnatianus 18 (9).
— Fabrianus 23 a 9 (11).
— Gregorianus 9 (4).
— Hermogenianus 9 (4).
— Theodosianus 9 (4).
Cognati 38 (17).
Cognitor 241 (118).
Collatio legum Mosaicarum et Romanarum 9 (4).
Collegia 98 (48).
Colliſion ſ. Kolliſion.
Commissoria lex 507 (243), 163 (81), 199 (100), 482 (226).
Commixtio 357 (172).
Communio incidens 328 a 3 (158).
Computatio temporis 153 (76 f.).
Concursus actionum 259 (125).
Condemnatio 238 (118).
Condicio 186 (93 f.).
— facti 187 (93).
— in non faciendo 189 (94).
— in praeteritum, in praesens collatae 191 (95).
— juris 187 (93).
Condictio 254 (122), 167 (83).
— beim Beſitz 316 (152).
— beim Modus 205 (103).
— certi, incerti 254 f. (122).
— ex canone 316 (153).
— furtiva 253 (121), 257 (125).
— indebiti 193 (97).
— Iuventiana 180 a 7 (90).
— negotiorum gestorum 389 a 26 (188).

Condictio sine causa bei Stiftungen 104 a 6 (50).
— triticaria 254 (122).
Condominium 328 (158 f.).
Confessio in jure 143 (72), 171 a 12 (86), 235 (117).
Confessus 235 (117).
Confusio s. Konfusion.
Consolidatio 458 (217).
Constitutio cordi 17 (9).
— δέδωκεν 14 (8).
— deo auctore 14 (8).
— haec quae necessario 17 (9).
— summa reipublicae 17 (9).
— tanta 14 (8), 17 (9).
Constitutum possessorium 306 (147), 358 (173), 483 (226), 486 (227).
Consuetudo revertendi bei Tieren 382 a 7 (186).
Consumtion s. Konsumtion.
Continuae servitutes 424 (202).
Continuum tempus 156 (78), 376 a 4 (183).
Contravindicatio 256 a 5 (123).
Corpus beim Besitz 303 (147).
Corpus ex distantibus, contingentibus 115 (56).
— juris civilis 10 (5 f.).
Crimen vis 221 (112).
Cujacius 22 (11).
Culpa 148 (74).
Curator ventris 81 (40).
Custodia 304 (147).

D.

Datum der Rechte 139 (70).
Decemviri 226 (115).
Decrete s. Dekrete.
Decretum divi Marci 221 (112).
Dejektion 314 (152).
Dekrete der römischen Kaiser 41 (19).
Delikte 135 (67), 136 (68).
Deliktsfähigkeit 85 (42).
— der Korporationen 113 (54).
— Klagen 253 (121).
Demens s. Wahnsinn.
Demonstratio 243 (118).
Denuntiatio im Prozeß 232 (116), bei der Verpfändung v. Forderungen 530a6(255).
Dereliktion 381 (186), 343 (166), vgl. 360 a 3 (175), 343 a 8 (166).
— der Emphyteusis 476 (223).
— der Servituten 458 (217).
— der Superfizies 474 (222).
Derivativer Eigentumserwerb 357 (173 f.), 341 (164).
Dernburg 27 (12).
Derogatorische Kraft jüngerer Gesetze 48 (24), des Gewohnheitsrechts 46 (22).
Detention 298 ff. (145).
Deterioration bei Emphyteusis 475 (223).
Dienstbarkeiten 413 (198 f.).
Dies 201 (101).
Digesten 14 (8).
Digestum novum, vetus 12 (6).
Dilatorische Einreden 271 (131).
Diligens pater familias 149 (74).
Dingliche Klagen 252 (120).
— Rechte 36 (17), 319 (155).
Dinglicher Charakter des Pfandrechts 480 (225).
Directae actiones 237 (118).
Discontinuae servitutes 424 (202).
Dispositivgesetze 52 (26).
Dissimulierte Geschäfte 176 (88).
Distractio pignoris s. Pfandverkauf.
Dolus 148 (74), 184 (92), Restitutionsgrund 283 (137).
Domicilium s. Domizil.
Dominii impetratio 510 (244).
Dominium 319 a 5 (155).
— directum, utile 471 a 14 (221).
— dormiens s. ruhendes Eigentum.
Domizil 75 (38).
Donellus 22 (11).
Doppelseitige Klagen 256 (123).
Dorotheus 14 a 3 (7).
Dos ist causa favorabilis 219 (111).
Dotalhypothek 494 (232), 520 (250).
Dritte, Wirkung des Urteils für und gegen D. 264 (128).
Drittschuldner 530 (255).
Drohung 182 (91).
Duarenus 22 (11).
Duplex interpretatio 59 (30).
Duplik 248 (118).
Durantis 22 (11).

E.

„Eadem res“ bei der exceptio rei judicatae 262 a 2 (127).
Edikte 41 (19).
Egnatianus codex 18 (9).
Ehemündigkeit 85 (42).
Ehre 91 (46).
Eid als Beſtärkungsmittel 215 (108).
Eigentum 319 (155 f.).
Eigentumsbelaſtungen } 336 (161 ff.).
Eigentumsbeſchränkungen }
Eigentumsklage 383 (187 ff.), 253 (120).
Eigentumsübertragung 358 (173 ff.), bedingte E. 198 (99).
Eigentümerhypothek 527 (254).
Einkommen 131 (66).
Einrechnung der Erſitzungszeit 377 (183).
Einrede ſ. exceptio, Verjährung 276 (132).
Einſeitige Rechtsgeſchäfte 161 (80).
Eintragung des Eigentums 324 a 9 (156), 358 a 4 (173).
— der Hypotheken 485 (227).
Einweiſung ſ. missio, Miſſionen.
Einziehung ſ. Konfiskation.
Emblemata Triboniani 23 a 10 (11).
Embryo 81 (40).
Emphyteuſis 468 (221), 475 (223).
Emphyteuta, Fruchterwerb 347 (168).
— Legitimation zur konfeſſoriſchen Klage 462 (218).
— Verpfändungsbefugnis 488 (229).
Emptio bonorum 495 a 4 (233).
Ende ſ. Beendigung.
Endtermin 202 (102), vgl. 141 a 3 (71).
Entmündigung der Geiſteskranken 88 (44).
— der Verſchwender 89 (45).
Entſagung ſ. Verzicht.
Entſchuldbarer Irrtum 152 (75).
Entſtehung der Rechte ſ. Begründung und Erwerb.
Entſtehung der juriſtiſchen Perſonen 105 (51).
Entwährung beim Pfandverkauf 510 (245).
Epitome Juliani 19 (10).
Erbe, Sukzeſſion in die Erſitzung 376 (183).
Erbrecht, Begriff und Stellung im Syſtem 37 (17).
Erbſchaft, ruhende, 104 (50).
Erbſchaftsklage 253 (120).
Erbzinsgüter 474 a 2 (223).
Erbzinsvertrag 470 (221).
Erfüllung der Bedingungen 195 (98 f.).
Erfüllung des Reſtitutionsbefehls beim arbitrium 239 (118).
Ergänzende Geſetze 52 (26).
Erlaß ſ. Verzicht.
Erlöſchende Verjährung 267 (129), 270 (131), 459 (217), 474 (222), 476 (223).
Error 150 (75), 177 (89).
— in substantia 180 (90).
Erſitzung des Eigentumes 369 (181 ff.), 341 (164), 137 (69), 267 (129).
— der Emphyteuſis 474 (223).
— der Freiheit bei Servituten 459 (217).
— der Pfandfreiheit 528 (254).
— des Pfandrechts 486 a 2 (228).
— der Servituten 454 (215).
— der Superfizies 472 (222).
Erwerb der Rechte 135 (68).
— des Beſitzes 302 (147).
— des Eigentumes 341 (164 ff.).
— des Pfandrechts 486 (228 ff.).
Erwerbende Verjährung 267 (129), vgl. Erſitzung, usucapio.
Erwerbsgrund ſ. causa.
Essentialia negotii 163 (81).
Eviktion beim Pfandverkauf 510 (245), 61 a 17 (30).
Exceptio, Begriff 245 (118), 235 (117).
— doli 185 a 4 (92), 203 a 7 (102), 246 (118), 393 (190).
— doli specialis, generalis 247 (118).
— dominii 364 (178), 394 a 7, 395 (191).
— quod metus causa 184 (91).
— rei, personae cohaerens 247 (118).
— rei in judicium deductae 263 a 3 (127).
— rei judicatae 262 (127), 247 a 40 (118).
— rei venditae et traditae 323 (156), 364 (178), 367 a 4 (179).
— S. C. Macedoniani 246 a 36, 247 a 41 (118).
— spolii 316 (153).
— sub- et obreptionis 147 (74).
— vitiosae possessionis 312 (151).
Exercitor navis 212 (106).
Exhibition 259 (125).

Existimatio 91 (46).
Expressa causa 264 (127).
Exstinktivverjährung 267 (129).
Extensive Interpretation 58 (29).
Extraordinaria cognitio 277 (134 ff.).

F.

Facta concludentia 170 (86).
Fahrweg 430 (205).
Familie 38 (17).
Familienrecht, Stellung im System 38 (17).
Faustpfand 479 (224), 515 (248).
Fehlerhafte Rechtsgeschäfte 212 (107 ff.).
Feldgrundstücke 423 (202).
Feldservituten 430 (205), 423 (202), Verpfändbarkeit 534 (256).
Fensterrecht 435 (207).
Ferruminatio 355 a 3 (172).
Feststellungsklagen 257 (124), 214 (107), 384 (187).
Ficta possessio 387 ff. (188), 462 (218), 512 (246).
Fictio legis Corneliae 64 a 6 (32).
Fiktionen 64 (32), 81 (40).
Fides s. bona fides.
Fiducia und Hypothek 481 (226).
Fiduziarische Geschäfte 176 (88).
Finder 351 (169).
Fischerei 343 (166).
Fiskus als juristische Person 103 (50).
— gesetzliches Pfandrecht 493 (232), 518 (250).
— Pfandprivileg 518 a 1 (250).
— Unersitzbarkeit fiskalischer Sachen 373 (182).
— Verjährungsprivilegium 272 a 2 (131).
Fließendes Wasser 118 (58).
Florentina 15 (8).
Flüsse 124 (61), 351 (170).
Flußbett 351 f. (170).
Flußinsel 351 f. (170).
Forderungsklagen 252 (120).
Forderungsnießbrauch 448 (212).
Forderungspfandrecht 529 (255).
Forderungsrechte 37 (17).
Form der Rechtsgeschäfte 168 (85 f.).
Formalisierung des Pfandrechts 484 (227).
Formelle Geschäfte 168 (85).
Formula 236 (118).
Formularprozeß 233 ff. (117 f.).
Fossilien 337 a 12 (161).
Fragmenta (leges) 15 (8).
— Vaticana 9 (4).
Fragmente, Neapolitaner 15 (8).
— Pommersfelder 15 (8).
Frauen 87 (43).
— Rechtsirrtum 152 (75).
Frucht, Begriff 131 (66).
Fruchtertrag beim Miteigentum 331 (159), der Pfandsache 500 (236).
Fruchterwerb 347 (168), 393 (190).
Fructus s. Frucht.
Fructuum licitatio 282 (136).
Fund 351 (169).
Fundata intentio 7 (3).
Fundi patrimoniales 470 (221).
Fungibilien 127 (63).
Furiosus 88 (44), 493 (232).
Furtivität 372 (182).
Furtum 372 a 6 (182), 363 (177).
— possessionis 503 a 5 (239).
— usus 505 (241).
Fußsteig 430 (205).

G.

Gail 23 (11).
Gajus 9 (4).
Gebäudeservituten 433 (207), 423 (202).
Geburt des Menschen 80 (40), Tierjunge 347 a 2 (168).
Geisteskranke 88 (44), 493 (232).
Geld als verbrauchbare Sache 128 (63).
— Erwerb durch Konsumtion 357 (172).
— Pfandrecht an Geld 498 (235).
Gemälde 355 (172).
Genehmigung 143 (72), 216 (109).
Generalhypotheken 493 (232).
Genossenschaften 102 (49).
Gerichtsgebrauch 47 (23), 38 (18).
Gesamteigentum 332 a 15 (159).
Geschäftsirrtum 177 (89).
Geschlecht 87 (43).
Gesellschaft 100 (49).
Gesetzgebung 40 (19).
Gesetzliche Pfandrechte 491 (231 ff.).

Geſtohlene, geraubte Sachen 359 a 1 (174), 379 (184).
Gewaltuntergebene 83 (41).
Gewohnheitsrecht 41 (20 ff.).
Glossa ordinaria 8 (3).
Gloſſatoren 20 (11), 8 (3).
Gordianum pignus 506 (242), 516 a 6 (248).
Gothofredus 23 a 9 (11).
Grammatiſche Interpretation 56 (29).
Grenzſcheidung 339 (163).
Grenzſcheidungsklage 396 (192), 252 (120).
Grundbuch 358 a 4 (173), 485 (227).
Grundſtücke, Teilung derſelben 129 (64).
Gutgläubiger-redlicher Beſitzer 325 (157), Fruchterwerb 347 (168), Anſpruch auf Verwendungen 392 (190).

H.

Habitatio 450 (213).
Haloander 23 (11).
Haloandrina lectio 16 (8), 19 a 5 (10).
Handlungsbevollmächtigte 212 a 13 (106).
Handlungsfähigkeit 83 (41 ff.).
Hauskinder 83 (41).
Herde, Vindikation 389 a 3 (189), 116 a 6 (56).
— Nießbrauch 440 (210).
Hereditas jacens 104 a 9 (50).
Hereditatis petitio 255 (122).
Hermaphroditen ſ. Zwitter.
Herrenloſe Sachen 342 (166).
Hiſtoriſche Schule 25 (12).
Hiſtoriſche Vereinigung der Antinomien 61 (30).
Hugo 21 (11), 26 (12).
Hyperocha 511 (245), 484 (226), 516 (248), 521 (251).
Hypothecaria actio 502 (239), 272 (131), 512 (246).
Hypothek 479 (224), 481 (226 f.).
— des Eigentümers 527 (254), 526 a 8 (253).
Hypothekariſche Sukzeſſion 521 (252).
Hypothekenbücher 486 (227).

J.

Identität der Streitſache 263 (127).
Ihering 27 (12).
Illaten des Mieters und Pächters, geſetzliches Pfandrecht 491 (231).
Immemorialpräſkription 379 (185).
Immiſſionen 338 (162), 433 (207).
Immissum (Servitut) 433 (207).
Immobilien 126 (62).
Impensae 391 (190), 446 (211), 513 (246).
Impetratio dominii 510 (244).
Impuberes 85 (42).
Inaedificatio 353 (171).
Incident ſ. Inzident.
Incola 75 a 1 (38).
In complexu, Rezeption des römiſchen Rechts 7 (3).
Indefensus 224 (114).
Individualſachen 128 (64).
In factum actiones 237 a 2, 3 (118).
Infamie 91 (46).
Infantes 85 (42).
Infortiatum 12 (6).
In fraudem legis 51 (25).
In integrum restitutio 282 (137 ff.)
In jure cessio 166 (83), 168 (85), 323 (156), 358 a 3 (173), 453 (214), 481 (226).
In jus conceptae actiones 237 (118).
Inkorporation, Eigentumserwerb 353 (171 f.).
Innominatverträge 244 (118).
Inſel 351 (170).
Inſtitutionen 13 (7).
Intentio 237 (118).
Interdicta apiscendae possessionis 308 (148).
— duplicia 281 (136).
— exhibitoria 281 (136).
— popularia 279 (135).
— prohibitoria 280 (136).
— recuperandae possessionis 308 (148).
— restitutoria 281 (136).
— retinendae possessionis 308 (148 ff.), 257 (123).
— simplicia 281 (136).
Interdictum de aqua cottidiana et aestiva 467 (220).
— de clandestina possessione 315 a 17 (152).
— de homine libero exhibendo 279 (135).
— de itinere actuque privato 466 (220).

Interdictum de liberis exhibendis 279 (135).
— de migrando 492 (231).
— demolitorium 408 (196).
— de precario 308 a 2 (148).
— de superficiebus 468 (221).
— de uxore exhibenda 279 (135).
— de vi 314 (152).
— quod legatorum 309 (148).
— quod vi aut clam 409 (197), 467 (220).
— quorum bonorum 309 (148).
— Salvianum 309 (148), 514 (247).
— unde vi 308 (148).
— unde vi utile 466 (220).
— uti possidetis 308 (148 ff.), 466 (220).
— uti possidetis utile 466 (220).
— utrubi 308 (148 f.).
Interdikte, Interdiktenverfahren 279 (135 f.).
Interdiktion 90 (45).
Interpolationen 59 (30).
Interpretation der Gesetze 54 (28 f.).
— der Rechtsgeschäfte 217 (110 f.).
— grammatische 56 (29).
Interrogatio in jure 251 (119).
Interzession der Frauen 88 (43).
— durch Pfandbestellung 488 (229).
Intestabilität 91 (46).
Invecta et illata s. Illaten.
Inventarisierung beim Nießbrauch 446 (211).
Irnerius 21 (11).
Irregulare, pignus 498 (235).
Irreguläre Personalservituten 451 (213).
Irrtum 150 (75), 177 (89 f.), Restitutionsgrund 283 (137).
Iter 430 (205).

J (j).

Jacobus 21 (11).
Jactus missilium s. Auswerfen.
Jagd als Frucht des Grundstückes 344 (166).
Jason Mainus 22 (11).
Judex 224 (114).
Judicium 225 (115).
— Cascellianum 282 (136), 310 a 5 (149).
— rescindens, rescissorium 289 (141).
— secutorium 282 (136), 310 a 5 (149).
Junge von Tieren 347 a 2 (168).
Jura in re 319 (155).
Jura quaesita 72 a 7 (36).
— singulorum 111 (53).
Juramentum in litem 384 (187), 391 (189).
Juristenrecht 47 (23).
Juristische Personen 78 (39), 94 (47 ff.).
Juristischer Besitz 311 (150).
Jus aequum 55 (28).
— civile 33 (15).
— commune 53 (27).
— distrahendi 506 (243).
— exigendi 530 (255).
— gentium 33 (15).
— honorarium 33 (15).
— naturale 34 a 9 (15).
— offerendi et succedendi 521 (251), 523 (252).
— pecoris ad aquam appulsus 432 (206).
— possessionis 293 (142).
— possidendi 293 (142).
— prohibendi 424 (202).
— quaesitum 72 a 7 (36).
— reformandi 111 (53).
— scriptum 40 (18).
— singulare 53 (27).
— strictum 55 (28).
— tollendi 393 (190).
Justa causa traditionis 360 (175).
Justa possessio 296 (144).
Justus titulus bei der Ersitzung 373 (182).
Juventiana condictio 180 a 7 (90).

K.

Kasuelle Bedingungen 188 (94).
Kauf auf Probe 194 (97).
Kautionen 278 (134), 498 (235).
Kautionspflicht des Nießbrauchers 444 (211).
Kindheit 85 (42).
Kirche, gesetzliches Pfandrecht 493 (232).
— Verjährungsprivilegium 272 (131).
Kirchen, juristische Personen 103 (50), 99 (48), Unersitzbarkeit der Immobilien der K. 373 (182).
Klage 223 (114 ff.).
Klagenkonkurrenz 257 (125).
Klagenverjährung 266 (129 ff.), 529 (254).
Klagerechte 223 (114 ff.).
Klaglose Forderungen 501 (237).
Klassifikation der Privatrechte 36 (17).

Kodifikation 10 a 2 (5), Charakter der juſtinianiſchen K. 10 (5).
Körperliche Sachen 113 (55).
Kolliſion der Rechte 69 (35), zeitliche Statutenkolliſion 139 (70).
Kolluſion der Prozeßparteien 397 (192).
Kommentatoren 21 (11).
Kommixtion 357 (172).
Kommorienten 82 (40).
Kompenſationseinrede 276 (132).
Kompilatoren 11 (5).
Kondiktionen 254 (122).
Konfirmatoriſche Tatſachen 140 (70).
Konfiskation 369 (180)
Konfuſion, Eigentumserwerb durch K. 356 (172).
— Beendigung der Servituten durch K. 458 (217), 499 a 4 (236).
Konkludente Handlungen 170 (86).
Konkurrenz der Klagen 257 (125).
Konkurs 195 (97), 273 (131), 520 a 9 (250), 531 (255).
Konſolidation 458 (217), 476 a 24 (223).
Konſtitutive Übertragung 138 (70).
Konſtitutiver und tranſlativer Erwerb 138 (70).
Konſumptibilien 128 (63).
Konſumtion des Klageanſpruches 262 (127).
Konſumtionstheorie bei der Klagenkonkurrenz 258 a 3 (125).
Konvaleszenz nichtiger Geſchäfte 216 (109).
Konverſion der Rechtsgeſchäfte 219 (111).
Körperliche Sachen 113 (55).
Korporationen 95 (47 ff.).
Korrektoriſche Geſetze 49 (24).
Kumulationstheorie bei der Klagenkonkurrenz 258 a 3 (125).
Kündigung 270 (131).
Kuratoren 86 (42).

L.

Läſion 284 (137 f.).
Läſtige Rechtsgeſchäfte 162 (80).
Laudatio = nominatio auctoris 387 (188), 462 (218), 387 a 16 (188).
Lauterbach 24 (11).
Lebensfähigkeit 80 (40).
Lectio Florentina 15 (8).
Lectio Haloandrina 16 (8).
— vulgata 15 (8).
Legalhypotheken 518 (250).
Legalſervituten 340 (163).
Leges = fragmenta 15 (8).
— Juliae 234 (117).
— perfectae, minus quam perfectae, imperfectae 50 (25).
— restitutae 17 a 1 (9).
Legis actio per condictionem 254 (122).
— per judicis postulationem 231 (116).
— per manus injectionem 229 (116).
— per pignoris capionem 231 (116).
— sacramento 228 (116).
Legis actiones 225 ff. (115 ff.).
Leichnam 118 (57).
Leinpfad 337 (161).
Letztwillige Verfügungen, Interpretation 217 (110), 219 (111).
Lex 40 (19).
— Aebutia 234 (117).
— Aquilia 64 a 4 (32), ſ. auch actio leg. Aquil.
— Atinia 370 (181).
— commissoria 507 (243), 163 (81), 199 (100), 482 (226).
— Calpurnia 232 (117).
— Cornelia 64 a 6 (32).
— Cornelia de falsis 253 a 2 (121).
— fugitiva 61 a 19 (30).
— Furia 230 (116).
— Julia de adulteriis 253 a 2 (121).
— judicioria 249 (119).
— Plaetoria 86 (42), 185 a 2 (92).
— Plautia 370 (181), 372 a 10 (182).
— Rubria 235 (117).
— Scribonia 370 (181).
— Silia 232 (117).
Leyser 24 (11).
Liber regularum (Ulpian) 9 (4).
Literatur des Pandektenrechts 20 (11 ff.).
Litisäſtimation 384 (187), 235 (117).
Litisdenunziation = Streitverkündigung 387 (188)
Litiskonteſtation 236 (117), 263 (127), 273 (131).
Litispendenz 275 (131).
— Verjährung der L. 274 (131).

Longa possessio 455 (215).
Longi temporis praescriptio 370 (181), 528 (254).
Longissimi temporis praescriptio 378 a 3 (184).
Lucida intervalla 89 (44).
Lucra nuptialia, gesetzliches Pfandrecht wegen derselben 494 (232).
Lukrative Geschäfte 162 (80).

M.

Magister navis 212 (106).
Magistrat 224 (114), 228 (116), 233 (117), 249 (119).
Majorennität s. Großjährigkeit.
Mala fides superveniens 394 a 10 (191).
Mancipatio 168 (85), 224 (114), 323 (156), 358 a 3 (173), 453 (214).
Mandata des römischen Kaisers 41 (19).
Mängel der Willenserklärungen 172 (87 ff.).
Manus injectio judicati
— pro judicato
— pura
} 230 (116).
Martinus 21 (11), 215 (108).
Mauer, gemeinschaftliche 334 (160).
Meer 118 (57).
Mentalreservation 174 (87).
Metus 182 (91), 283 (137).
Mevius 24 (11).
Milde Stiftungen 103 (50), 373 (182), vgl. Stiftungen.
Militärtestament 53 a 2 (27).
Minderjährige, 86 (42), 215 (108), gesetzliches Pfandrecht derselben 493 (232).
Minderjährigkeit, Restitution wegen derselben 284 (137), 285 (139), 289 a 4 (141), läßt die Verjährung ruhen 289 u. a 9 (141).
Mißgeburt 80 (40).
Missio Antoniniana 495 a 5 (233).
— ex primo, ex secundo decreto 402 (194).
— in possessionem 278 (134).
— legatorum servand. causa 495 (233).
— rei servandae causa 495 (233).
— ventris nomine 495 (233).
Missionen 277 (134), 495 a 3 (233).
Mitbesitz 293 a 10 (142).
Miteigentum 328 (158 ff.).
Mittelbare Stellvertretung 210 (105).
Mobiliarhypothek 479 (224).
Mobilien 127 (62).
Modus (Auflage) 204 (103).
Modus adquirendi 361 a 5 (175). 362 (176).
Monstrum s. Mißgeburt.
Moralische Person s. juristische Person.
Motive s. Beweggrund.
Moventien 127 (62).
Mündel, gesetzliches Pfandrecht derselben 493 (232).
Mündigkeit 84 (42).
Mutua petitio 256 (123).
Mynsinger 23 (11).
Mystische Person s. juristische Person.

N.

Nachbarrecht 337 (162 f.).
Nachgiebiges Recht 52 (26).
Namen 38 (17).
Nasciturus 81 (40).
Nativität der Klagen 270 ff. (131), 378 (184).
„Natur der Sache" 64 (32).
Naturalia negotii 163 (81).
Naturalis obligatio 276 (132), 501 (237), 525 (253).
— possessio 297 (144).
— ratio 34 a 9 (15).
Naturalkomputation 153 (76).
Natürliche = physische Personen 79 (40 ff.).
Naturrechtliche Schule 25 (12).
Neapolitaner Fragmente 15 (8).
Nebenbestimmungen 206 (104), vgl. Bedingungen, Zeitbestimmungen, Modus.
Negative Bedingungen 188 (94).
— Feststellungsklage 257 a 1 (124).
— Potestativbedingungen 189 (94).
— Servituten 424 (202), 467 (220).
Negotiorum gestio 145 (72).
— gestor 145 (72), 351 (169), 488 (229).
Neidbau 68 (34).
Nichtgebrauch 459 (217).
Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 212 (107).
Nichtigkeitsklage 214 (107).
Nichtzwingende Gesetze 52 (26).
Nießbrauch 437 (209), 457 (217).
Nießbraucher, Besitzverhältnis 318 (154), Fruchterwerb 347 (168).

Nießbraucher, Verpfändungsbefugnis 503 (256).
Nominatio auctoris 387 (188), 462 (218).
Nominis pignus 529 (255).
Non usus 459 (217).
Notſtand 221 (112).
Notweg 340 (163), 456 (216).
Notwendige Bedingungen 190 (95).
Novellen Juſtinians 18 (10).
Novellengeſetzgebung 10 a 2 (5).
Nuda proprietas 321 (155).
— repromissio 401 (194).
Nudum jus 366 (178).
Nudum jus Quiritium 324 (156).
Nutzungsrecht 320 (155).

O.

Obereigentum 471 a 14 (221).
Obligationenrecht, Begriff und Stellung im Syſtem 37 (17).
Obſervanz 44 (21).
Occasio legis 57 (29).
Öffentliche Flüſſe 124 (61).
— Sachen 121 (59).
— Wege 123 (60).
Öffentlicher Glaube der Grund- und Hypothekenbücher 486 (227).
Öffentliches Recht 34 (16).
Officium judicis 249 (119).
Okkupation 342 f. (166).
Oneroſe Rechtsgeſchäfte 162 (80).
Operae servorum 450 (213).
Operis novi nuntiatio 406 (196).
Oratio Marc Aurels 235 (117).
Originäre Succeſſion 137 (69).
Originärer Eigentumserwerb 341 (164).

P.

„Pactiones et stipulationes“ 453 (214).
Pactum antichreticum 505 (241).
— de ingrediendo 515 a 6 (247).
— de vendendo 482 (226).
— de vendendo pignore 506 (243).
— displicentiae 199 a 4 (100), 323 a 5 (156).
— fiduciae 481 (226).
— „intuitu fundi initum“ 416 a 2 (199).
Pactum reservati dominii 323 a 5 (156), 363 (177).
Pächter, Beſitzverhältnis 305 (147), erwirbt die Früchte mit der Perzeption 348 (168).
Pandekten 14 (8).
Papiniansmaſſe 11 a 3 (5).
Partus ancillae 133 a 8 (66).
Pauli sententiae 9 (4).
Pensio 475 a 15 (223).
Peremptoriſche Einreden 271 (131), 246 (118).
Peripathetiſche Philoſophie 342 a 3 (165).
Perkluſionsrecht des Vermieters 492 (231).
Perpetua causa bei Servituten 428 (203).
Perplexe Bedingungen 191 (95).
Perſon 79 (40).
— juriſtiſche 94 (47 ff.).
„Persona“ 78 a 1 (39).
Perſonalſervituten 436 (208 ff.), 415 (198), Endigung durch Nichtgebrauch 459 (217), irreguläre 451 (213).
Perſonalſtatuten 76 (38).
Perſonengeſamtheiten 97 (48).
Perſonenrecht 37 (17).
Perſonenrechte 37 a 7 (17).
Perſönliche Klagen 252 (120).
Pertinenzen 130 ff. (65), 500 (236).
Perzeption der Früchte 132 (66), 347 (168).
Petitorium und possessorium 308 (148).
Pfändungspfandrecht 496 (234).
Pfandgläubiger juriſtiſcher Beſitzer 300 (145), Legitimation zur konfeſſoriſchen Klage 461 (218).
Pfandprivilegien 518 (250).
Pfandrecht 476 (224 f.).
— richterliches 494 (233).
— an eigener Sache 528 (254).
Pfandſeparatiſten 520 a 9 (250).
Pfandverbringung 492 a 12 (231).
Pfandverkauf 506 (243), 524 (253).
Pfandvertrag 487 (229 f.).
Piae causae 103 (50).
Pignoris causa 360 (175).
Pignus 479 (224), 483 (226), 506 (243).
— conventionale 487 (229 f.).
— generale 493 (232).
— Gordianum 506 (242).
— in causa judicati captum 495 (233 f.).

Pignus irregulare 498 (235).
— nominis 529 (255).
— pignoris 532 (255).
— praetorium 494 (233).
— privilegiatum 518 (250).
— publicum, quasipublicum 485 (227).
— tacitum 487 (228), 491 (231 f.).
Pisana (Florentina) 15 (8).
Pistoris 24 (11).
Platzrecht 471 (222).
Plebiscita 40 (19).
Plurium dominium in solidum 328 (158).
Plus petitio 250 (119).
Pönalklagen 253 (121).
Pommersfelder Fragmente 15 (8).
Popularklagen 253 (121).
Possessio 291 (142 ff.).
— bonae fidei 325 (157).
— civilis 296 (144).
— ficta 387 (188), 462 (218), 512 (246).
— justa, injusta 296 (144).
— naturalis 297 (144).
— plurium in solidum 293 a 9 (142).
Possessorium ordinarium 308 (148), 311 (150), 466 a 4 (220).
— summariissimum 308 (148), 313 (151).
Postglossatoren 20 ff. (11).
Potestativbedingungen 188 (94), 205 (103).
Prädialservituten 421 (201 ff.), 414 (198), 457 (217).
Praedium dominans 422 a 5 (201).
— rusticum 423 (201).
— serviens 422 a 5 (201).
— urbanum 423 (201).
Präjudizialklagen 257 (124).
Präparatorische Klagen 258 (125).
Praescriptio 266 ff. (129), 243 (118).
— als Bestandteil der Prozeßformel 243 (118).
— definita 268 (129).
— immemorialis 379 (185).
— indefinita 268 (129).
Praetor urbanus peregrinus 225 (115).
Prätorisches Recht 32 (15).
— Pfandrecht 495 (233).
Prävention 70 (35).
Prekarist, Besitzverhältnis 300 (145).
Priorität 70 (35).
Priorität der Pfandrechte 518 (250 ff.).
Privatflüsse 124 (61).
Privation bei der Emphyteuse 475 (223).
Privatpfändung 497 a 8 (234).
Privilegien 145 (73).
Privilegierte Pfandrechte 518 (250).
Privilegium exigendi 70 (35).
Prodigalitätserklärung 90 (45).
Prodigus s. Verschwender.
Projectum (Servitut) 433 (207).
Prokuratoren 210 a 2 (106), im Prozeß 241 (118).
Prokuristen 212 a 13 (106).
Proprietas 321 (155).
Protestation 171 (86).
Provinzielles Eigentum 322 (156).
Prozessualische Konsumption 262 (127).
Prozeßvollmacht 187 a 13 (93).
Pubertät 84 (42).
Publiciana actio 393 (191).
Publicus usus 121 a 5 (59).
Publikanensozietäten 99 a 7 (48).
Publizianischer Besitzer 327 (157).
Publizianische Legitimation zur konfessorischen Klage 462 a 10 (218).
Publizianische Berechtigte als Verpfänder 488 (229).
Publizität des Grundeigentums 358 a 4 (173).
Puchta 26 (12).
Putativtitel 327 (157), 374 (182), 394 (191).

Q.

Quantitätssachen 127 (63).
Quasidelikt 136 (68).
Quasikontrakt 136 (68).
Quasipossessio 465 (220).
Quasitradition bei Servituten 453 (214).
Quasiususfrukt 446 (212).
Querela inofficiosi testamenti 277 a 2 (133), 247 a 44 (118), 269 (130).
Quinquaginta decisiones 17 (9).
Quiritarisches Eigentum 323 (156).

R.

Rangordnung der Pfandrechte 517 (249 ff.), 489 a 7 (230).

Ratihabition 144 (72), 216 (109).
Ratio legis 63 (32).
Realkredit 479 (224).
Reallaſten 417 a 8 (199), 144 a 5 (72).
Realſervituten 414 (198), 421 (201 ff.).
Recht ſ. jus.
— am Rechte 448 a 8 (212), 529 (255).
— im objektiven Sinne 32 (14).
— im ſubjektiven Sinne 65 (33 ff.).
Rechtsbedingung 190 (95).
Rechtsbeſitz 318 (154).
Rechtsbildung (rechtsbildende Faktoren) 38 (18).
Rechtserwerb 135 (68).
Rechtsfähigkeit 78 (39).
Rechtsgeſchäfte 157 (79 ff.), fehlerhafte 212 (107 ff.).
Rechtsgewohnheiten 39 (18).
Rechtshilfe 222 (113).
Rechtsirrtum 151 (75).
Rechtskraft des Urteils 261 (126).
Rechtsnachfolge ſ. Sukzeſſion.
Rechtsobjekt 113 (55 ff.).
Rechtsquellen 1 (1 ff.).
Rechtsſchutz 220 (112 f.).
Rechtsſtreit 223 (114 ff.).
Rechtsſubjekt 78 (39 ff.).
Redintegranda, canon 316 (153).
Redlichkeit des Beſitzes 325 (157).
Regenwaſſer 403 (195).
Rei vindicatio 253 (121), 256 a 5 (123), 383 (187 ff.).
Rekuperatoren 226 (115).
Rekuperatoriſche Beſitzklagen 314 (152 ff.).
Relative Nichtigkeit 213 (107).
Remiſſion der operis novi nuntiatio 408 (196).
Renuntiatio 141 (71).
Reparaturpflicht bei Servituten 417 a 5 (199).
Replik 248 (118).
Repräſentation der juriſtiſchen Perſonen 111 (54).
Res communis omnium 118 (57).
— corporalis 114 (55).
— divini juris 119 (58).
— extra commercium 117 (57 ff.).
— furtiva 359 a 1 (174), 372 (182), 379 (184).
Res incorporalis 114 (55).
— in judicium deducta 262 (127).
— judicata 262 (127).
— mancipii, nec mancipii 114 (55), 321 (155), 323 (156) 358 a 3 (173), 453 (214).
— merae facultatis 267 a 3 (129).
— publica 121 (59).
— religiosa 120 (58).
— sacra 119 (58).
— sancta 120 (58).
Reſervation 171 (86).
Reservatio mentalis 174 (87).
Reſkripte 41 (19).
Reſolutivbedingungen 189 (94), 199 (100).
Reſolutivklauſel 189 a 7 (94).
Responsa prudentium 40 (19).
Restitutio in integrum 282 (137), 215 (107).
Restipulatio 282 (136).
Reſtriktive Interpretation 58 (29).
Retentionsrecht 248 (118), 391 (190), 492 (231).
Retrotraktion 140 (70), der Bedingungen 197 (99).
Rezeption des römiſchen Rechts 3 (2).
Richterliches Pfandrecht 494 (233 f.).
Rückwirkende Kraft der Geſetze 71 (36 f.).
Rückziehung der Bedingung 197 (99).
Ruhen des Eigentumes 321 a 12 (155), 353 a 3 (171).
— der Erſitzung 378 (183).
— der Verjährung 272 (131).
Ruhende Erbſchaft als juriſtiſche Perſon 104 (50).

S.

Sabinusmaſſe 11 a 3 (5).
Sachbeſitz 293 (142).
Sache, Begriff 113 (55 ff.).
Sachen, unerſitzbare 372 (182), 379 (184).
— geſtohlene, geraubte 372 (182), 379 (184).
Sachenrecht, Begriff und Stellung im Syſtem 36 (17).
Sachenrechte 291 (142 ff.), 319 (155 ff.).
Sachgeſamtheit 115 ff. (56), Verpfändung 498 (235).

Sachsenspiegel 24 (11).
Sacramentum 228 (116).
Salvianum interdictum 309 (148).
Sassoferrato s. Bartolus.
Satisdatio 278 (134), vgl. 408 (196).
Savigny 26 (12).
Schätzungseid 384 (187).
Schalttag 155 (77).
Schatz 349 (169).
Schein 175 (88).
Scheinbedingungen 190 (95).
Scherz 174 (87).
Schiedsrichter 281 (136).
Schutz des Besitzes 294 (143).
— der Rechte 220 (112 ff.).
Secutorium judicium 310 a 5 (149).
Seen 124 (61).
Selbsthilfe 220 ff. (112), 315 a 16 (152).
Seminarien 103 (50).
Senatusconsultum 40 (19).
— Macedonianum 246 a 36, 247 a 41 (118).
— Pegasianum 182 a 3 (91).
— Vellejanum 87 (43), 246 a 36 (118).
Separation der Früchte 132 (66).
Separatisten 520 a 9 (250).
Sequester, Besitzverhältnis 300 (145).
Sequestration 502 (239), 514 a 15 (246).
Serviana actio 512 (246).
Servitus 413 (198 ff.), 533 (256), 320 (155).
— affirmativa 424 (202).
— altius non tollendi 419 (200), 435 (207), 443 (211).
— altius tollendi 435 (207).
— aquaeductus 432 (206).
— aquaehaustus 432 (206).
— continua, discontinua 424 (202).
— fluminis 434 (207).
— luminibus officiendi 435 (207).
— negativa 424 (202).
— ne luminibus officiatur 435 (207).
— ne prospectui officiatur 435 (207).
— oneris ferendi 407 a 11 (196), 416 (199), 423 (202), 434 (207).
— stillicidii 434 (207).
— stillicidii non avertendi 435 (207).
— tigni immittendi 434 (207).
Servituten 413 (198 ff.).
Servitutenbesitz 318 (154).
Servitutenersitzung 454 (215).
Servitutenklage 253 (120).
Servitutenverpfändung 533 (256).
Sicherheitsleistung bei schwebender Bedingung 195 (97), 196 (99), 201 (100).
Sicherung von Ansprüchen 278 (134), s. cautio, missio.
Simulation 175 (88).
Singuläres Recht 53 (27).
Singularsukzession 138 (69).
Solarium 471 (222).
Soldaten, Sonderrecht 53 a 2 (27), 386 (188).
Sondernachfolge 138 (70).
Sonderrechte 53 (27).
Sondervermögen 115 (56).
Spezifikation 344 (167).
Spolieneinrede 316 (153).
Spolienklage 316 (153), 308 (148).
Sponsiones praetoriae 278 (134).
— beim Interdiktsverfahren 281 (136).
Sponsor 230 (116).
Stadtgemeinden, Privilegien 373 a 17 (182), 493 a 9 (232).
Standesregister 82 (40).
Ständige Servituten 424 (202).
Stationes fisci 97 a 1 (48).
Status mutatio 284 (137).
Stellionat 184 a 1 (92), 485 (227).
Stellvertretung 208 (105 f.), im Besitzverhältnis 305 (147).
Stiftungen als juristische Personen 95 (47), 103 (50), Verjährungsprivileg 272 (131).
Stillicidium 434 (207).
Stillschweigen 171 (86).
Stillschweigende Hypotheken 487 (229), 491 (231).
Stipulationes praetoriae 278 (134).
Stoiker 115 a 1, 3 (56), 133 a 8 (66), 342 a 3 (165), 346 (167).
Strafklagen 253 (121), 277 (133).
Streitverkündigung 387 (188).
Stricti juris actiones 255 (122).
Stryk 24 (11), 8 a 6 u. 10 (3).
Subhastation = Pfandverkauf 510 (245 ff.), notwendige 514 a 15 (246).
Subjektives Recht 65 (33).

Subpignus 532 (255).
Sukzession 137 (69), in der Ersitzung 376 (183).
— hypothekarische 521 (252).
Sukzessive Konkurrenz der Klagen 258 a 4 (125).
Summariissimum 313 (151).
Superfiziar, Besitzverhältnis 472 (222).
— Legitimation zur konfessorischen Klage 462 (218).
— Verpfändungsbefugnis 488 (229).
Superficies 468 ff. (221), 471 (222).
Suspensivbedingungen 189 (94), 193 (97).
Symbolische Tradition 303 (147).

T.

Tatsachen, juristische 134 (67).
Teilbarkeit 129 (64), 503 a 1 (240).
Teilungsklage 332 (160), 368 (180), 252 (120).
Teilungsverbote 130 (64).
Tempus continuum 156 (78).
— hostilitatis 273 (131).
— utile 156 (78).
Theophilus 14 a 3 (7).
Thesaurus 349 (169).
Thomasius 26 (12).
Tierjunge 347 a 2 (168), 132 (66).
Titel, Begriff 135 (67), beim Besitz 327 (157), bei der Ersitzung 371 (182).
Titulus und modus adquirendi 361 a 5 (175), 362 (176).
Titulus putativus s. Putativtitel.
Tod 161 (80).
Traditio brevi manu 308 (147), 358 (173).
Tradition 357 (173 ff.), 359 (175 f.), bedingte 362 (177).
Translatio judicii 236 (117), 241 (118).
Translativer Erwerb 138 (69).
Trennung der Frucht 132 (66).
Tribonianus 14 (8).
Triftgerechtigkeit 430 (205).
Trunkenheit 173 (87).
Turpitudo 94 (46).

U.

Übereignungswille 359 (175).
Überfall und Überhang 339 (163).
Übertragung, translative, konstitutive 138 (69).
Uferrecht 351 (170).
Ulpiani fragmenta 9 (4).
Uneigentliche Bedingungen 190 (95).
Uneigentlicher Nießbrauch 446 (212).
Unersitzbare Sachen 372 (182).
Ungültige Geschäfte 212 (107).
Universalsuccession 139 (69).
Universitas juris, facti 115, 116 (56).
— facti, Verpfändung 498 (235).
— personarum 106 a 6 (51).
Universitäten 103 (50).
Unmittelbarer Eigentumserwerb 341 (164).
Unmögliche Bedingungen 191 (95).
Unmündige 85 (42), 273 (131), 285 (139).
Unrecht, objektives und subjektives U. 147 (74).
Unsittliche Bedingungen 191 (95).
Unteilbarkeit der Servituten 428 (204), der körperlichen Sachen 130 (64).
Unterbrechung der Ersitzung 377 (183).
— der Klagenverjährung 273 (131).
Untereigentum 471 a 14 (221).
Untergang der Rechte s. Beendigung.
„Unus casus" 384 a 8 (187).
Unvordenkliche Zeit 379 f. (185).
Unwissenheit 150 (75).
Urheberrecht, Verpfändbarkeit 534 a 7 (256).
Ursprünglicher Erwerb 341 (164).
Urteil 261 (126 ff.).
Usucapio 267 (129), 369 (181 ff.), bei Servituten 454 (215).
— libertatis 459 (217).
Usureceptio fiduciae 482 a 5 (226).
Usus 449 (213).
— modernus Pandectarum 24 (11).
Ususfructus 437 (209 ff.).
— causalis, formalis 320 a 9 (155).
Utile tempus 156 (78).
Utiles actiones 237 (118).
Utilis actio ad rem vindicandam 385 (188).
— vindicatio 205 (103).
Utilitas bei Servituten 425 (203).

V.

vadimonium 227 (115).
Väterliche Gewalt, Stellung im System 38 (17).
Vektigalrecht 469 (221).
Verarbeitung s. Spezifikation.
Veräußerung 143 (71).
Veräußerungsverbote 366 (179).
Verbindung, Eigentumserwerb durch V. 354 (172).
Verbotsgesetze 50 (25).
Verbrauchbare Sachen 127 (63).
Vererblichkeit der Klagerechte 276 (133).
Verjährung 266 (129 ff.).
— der Eigentumsklage 322 (156).
— der Emphyteusis 476 (223).
— des Pfandrechts 529 (254).
— der Servituten 460 (217).
— der Superfizies 474 (222).
Verletzung als Voraussetzung der Restitution 284 (138).
Verlust der Rechte s. Beendigung.
Vermächtnisse, bedingte, 196 (98), 198 a 6 (99).
Vermengung und Vermischung s. Kommixtion.
Vermieter, Pfandrecht an dessen Illaten 491 (231).
Vermittelnde Gesetze 52 (26).
Vermögen 113 (55), 36 (17).
Veroneser Palimpsest 18 (9).
Verpächter, Pfandrecht desselben 491 (231).
Verpfändung s. Pfandkonvention, V. fremder Sachen 488 (230), von Servituten 533 (256), des Urheberrechts 534 a 7 (256).
Versäumnis, Restitution 284 (137).
Verschuldung 147 (74).
Verschwender 89 (45), 86 (42).
Versicherungsgelder, Pfandhaftung 513 a 8 (246).
Versio in rem, Pfandprivilegium 519 (250).
Vertrag 162 (80).
Vertragstitel 135 (67).
Vertretbare Sachen 127 (63).
Verurteilendes Erkenntnis 262 (126).
Verwendungen s. impensae.
Verwendungen des Besitzers 391 (190).
— des Nießbrauchers 446 (211).
— des Pfandgläubigers 513 (246).
Verwirkungen des Eigentums 369 (180).
— der Emphyteuse 475 (223).
Verzicht 141 (71), als Endigungsgrund des Pfandrechtes 526 (254).
Vetustas 380 a 5 (185).
Via 430 (205).
Viae consulares, vicinales 123 (60).
Viehtrift 430 (205), 432 (206).
Vindex 233 (117), 227 (115).
Vindicatio 389 (189), 256 a 5 (123).
— gregis 389 (189).
— sacramento 228 (116).
— utilis 205 (103).
Vis absoluta, compulsiva 181 (91).
Vitalität 80 (40).
Vizinität bei Servituten 426 (203).
Vollmacht im Prozeß 241 (118).
Vollstreckbarkeit des Urteils 262 (126).
Voraussetzung, Begriff 204 (103).
Vorkaufsrecht des Eigentümers der Emphyteuse 476 (223).
Vormundschaftsrecht, Stellung im System 38 (17).
Vulgata (= authenticum) 19 (10).
Vulgathandschriften 15 (8).

W.

Wahnsinnige 88 (44).
Wassergerechtigkeiten 432 (206), Verpfändbarkeit 534 (256).
Wechselforderungen 256 a 9 (122).
Wege 123 (60).
Wegegerechtigkeiten 414 (198), 430 (205), Verpfändbarkeit 534 (256).
Weiber s. Frauen.
Weidegerechtigkeiten 432 (206), 415 (198)
Wernher 24 (11).
Wesenbeck 24 (11).
Wesentlicher Irrtum 178 (90).
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 282 (137).
Wilde Tiere, Eigentumsverlust 382 (186).
Willenserklärung 161 (80), 167 (84).
Windscheid 27 (12).
Wohnsitz 75 (38).

Z.

Zasius 23 (11).
Zeit 153 (76 ff.).
Zeitbestimmungen 201 (101).
Zession dinglinger Klagen 385 a 3 (188).
Zitiermethode für das corpus juris civilis 11 (6).
Zivilkomputation 153 (76 f.).
Zivilrecht und prätorisches Recht 32 (15).
Zubehör 130 (65), 516 (248).
Zurückbehaltungsrecht s. Retentionsrecht.
Zufall, Haftung des unredlichen Besitzers 390 (189).
Zusammenfügung, Eigentumserwerb durch Z. s. Inkorporation 354 (172).
Zuschlag 368 a 5 (180).
Zwang 181 (91), Restitutionsgrund 283 (137).
Zwangsverwaltung s. Sequestration.
Zweckvermögen 96 (47).
Zweiseitige Rechtsgeschäfte 161 (80), 217 (110).
— Verträge 162 (80).
Zwingende Rechtsnormen 49 (25).
Zwitter 87 (43).

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.) Naumburg a. S.

1-65

157 - 165

217 - 220

K
D4365S9
1911
T.1

Dernburg, Heinrich
System des römischen
Rechts

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY